

**DELITTO DI TORTURA: UN PASSO IN AVANTI NELLA TUTELA DEI
DIRITTI UMANI IN ITALIA?**

INDICE

1.Introduzione	4
----------------------	---

CAPITOLO 1

IL DIVIETO DI TORTURA NELL'ORDINAMENTO SOVRANAZIONALE

1.Premessa	9
2.Il divieto di tortura nel diritto internazionale dei diritti umani	14
2.1.La definizione di tortura nella Convenzione ONU del 1984	22
2.2.Il divieto di tortura nel diritto internazionale umanitario	34
2.3.Il crimine di tortura nel diritto penale internazionale: a)la tortura come crimine di guerra; b)la tortura come crimine contro l'umanità	38
3.La repressione della tortura nell'Unione Europea	49
3.1.La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza di Strasburgo	55
3.2.La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti	78
4.Osservazioni conclusive	83

CAPITOLO 2

IL DELITTO DI TORTURA IN ITALIA, TRA OBBLIGHI

COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI DI CRIMINALIZZAZIONE

1.La dignità umana nella Costituzione tra previsioni espresse e richiami impliciti	86
---	----

1.1.Dignità umana e divieto di tortura.....	96
2.Un divieto costituzionalmente imposto	105
3.Le resistenze dell'Italia all'introduzione del reato di tortura ed il colpevole ritardo del legislatore	119
4.Il tormentato iter legislativo	131
4.1.Un'accelerazione verso l'introduzione del reato: l'impulso della Corte di Strasburgo	137
5.Delitto di tortura: collocazione sistematica e bene giuridico tutelato	145
6.L'ambito soggettivo di operatività della fattispecie	151
6.1.La tipizzazione del delitto di tortura: reato comune o reato proprio?	152
6.2.Il nodo interpretativo della natura giuridica della «Tortura di Stato»	162
7. I soggetti passivi del reato di tortura	171
8. Le condotte tipiche	176
8.1. Il <i>caveat</i> della condotta omissiva	197
9.L'evento del reato	201
10.L'elemento soggettivo	210
11.Il delitto aggravato dall'evento delle lesioni personali	217
12.La verifica dell'evento morte	220
13.Il trattamento sanzionatorio: ulteriori rilievi critici	225
14.I rapporti con altre fattispecie	237
15.L'art. 613-ter. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura	241
16.Ulteriori novità introdotte dalla L. 110/2017	246
17.Le prime applicazioni pratiche dell'art. 613-bis c.p.	254

CAPITOLO 3

PROFILI COMPARATIVISTICI: UNO SGUARDO ALL'EUROPA

1.Premessa: il delitto di tortura nelle legislazioni penali europee	266
2.Il modello « <i>convenzionalmente conforme</i> ».....	271

3. Il modello « <i>non convenzionalmente conforme</i> »	287
4. Il modello « <i>c.d. ibrido</i> »	301
5. Il modello « <i>tedesco</i> »	315
6. I modelli degli altri Paesi europei	222
7. Considerazioni conclusive	334

CAPITOLO 4

LA LEGITTIMAZIONE DELLA TORTURA IN SITUAZIONI DI ASSOLUTA NECESSITÀ ED EMERGENZA

1. « <i>May government ever use torture?</i> »	336
2. Necessità, emergenza e dignità umana: i tentativi di legittimazione della tortura. La riapertura del dibattito in ambito politico-criminale	338
2.1. Germania, Israele, Stati Uniti: esperienze a confronto	349
3. La tortura e le cause di giustificazione	369
3.1. Tortura ed adempimento del dovere	372
3.2. Tortura e legittima difesa	374
3.3. Tortura e stato di necessità	376
3.4. Tortura ed uso legittimo delle armi	387
4. Osservazioni conclusive	390

CAPITOLO 5

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	395
 BIBLIOGRAFIA	 408
RINGRAZIAMENTI	508

INTRODUZIONE

Parlare di tortura, oggi, sembra anacronistico. Richiama il periodo dell'Inquisizione «*non soave*», della caccia alle streghe¹, «*l'idea arcaica di nemico come di «giuramenti di Dio» pensati con tutta l'ipocrisia della piena veritas*»².

Il rinnovato interesse per questo tema da parte degli studiosi è stato riguardato come «*il fossile di un'era ormai tramontata*»³. Tuttavia, si tratta di un fenomeno che «*affiora prepotentemente dal passato e minaccia di avere un futuro*»⁴.

Le prime battaglie intraprese contro la tortura risalgono al periodo dell'Illuminismo. Diversi furono i testi che contribuirono alla sua ufficiale abolizione ed al suo superamento anche nella sensibilità culturale collettiva tra il XVIII ed il XIX secolo: si pensi a Cesare Beccaria ed al capitolo XVI *Dei delitti e delle pene* del 1764 che condanna fermamente la teoria e la pratica della tortura⁵, a cui fa eco, poi, Pietro Verri con le sue *Osservazioni sulla tortura* del 1777⁶ e ad Alessandro Manzoni con la *Storia della Colonna infame*

¹ F. VON SPEE, *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, a cura di A. FOA, Salerno, 2004, *passim*.

² V., E. RESTA, *Anacronismi*, in P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 5 ss.

³ R. ORLANDI, *Documento introduttivo*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 1 ss.

⁴ Un futuro «*senza fine?*». Questa è la domanda che si pone E. PETERS, *Torture (Expanded Edition)*, Philadelphia, 1999, *passim*, riprendendo l'interrogativo posto da P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Milano, 1953, *passim*. V., D. DI CERASE, *Tortura*, Torino, 2016, 17; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 13.

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Torino, 1970, *passim*. «*Poiché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*». In questo modo Beccaria concludeva la sua opera *Dei delitti e delle pene* che avrebbe segnato l'evoluzione del diritto inteso in modo «*illuminato, moderno, umano*». V., G. ALPA, *Premessa*, in M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787, 9. Da tale conclusione si evince il messaggio, di forte attualità, che Beccaria si era proposto di consegnare ai suoi lettori: il bando della pena di morte; la proporzionalità delle pene, la rieducazione del condannato, la chiarezza delle leggi, «*in altri termini l'impianto costituzionale delle regole che governano la convivenza nella società civile, che reprimono e puniscono i delitti e prevengono i pericoli alla sicurezza*».

⁶ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di S. CONTARINI, Milano, 2006, *passim*. Pietro Verri scriveva le sue conclusioni sulla tortura al finire del Secolo dei Lumi, e osservava che

del 1840. Quasi ovunque, quindi, la tortura venne abolita nelle terre d'Europa, grazie anche ai grandi riformatori Settecenteschi⁷. Ciò nonostante, la tortura resta, a partire dalla modernità dei Lumi, «come una presenza inquietante, la cui ombra si allunga sinistramente sulla civiltà»⁸. Essa ricompare nelle guerre⁹, nelle dittature¹⁰, nelle carceri¹¹ e come strumento di lotta al terrorismo

«Se è certo il delitto, i tormenti sono inutili, e la tortura è superflualmente data, quando anche fosse un mezzo per rintracciare la verità, giacché presso di noi un reo si condanna, benché negativo. La tortura dunque in questo caso sarebbe ingiusta, perché non è giusta cosa il fare un male, e un male gravissimo ad un uomo superflualmente. Se il delitto poi è solamente probabile, qualunque sia il vocabolo col quale i dottori distinguano il grado di probabilità difficile assai a misurarsi, egli è evidente che sarà possibile che il probabilmente reo in fatti sia innocente; allora è somma ingiustizia l'esporre un sicuro scempio e ad un crudelissimo tormento un uomo, che forse è innocente; e il porre un uomo innocente fra que' strazj e miserie tanto è più ingiusto quanto che fassi colla forza pubblica istessa confidata ai giudici per difendere l'innocente dagli oltraggi. La forza di quest'antichissimo ragionamento hanno cercato i partigiani della tortura di eluderla con varie cavillose distinzioni le quali tutte si riducono a un sofisma, poiché fra l'essere e il non essere non vi è punto di mezzo, e laddove il delitto cessa di essere certo, ivi precisamente comincia la possibilità della innocenza. Adunque l'uso della tortura è intrinsecamente ingiusto, e non potrebbe adoprarsi, quand'anche fosse egli un mezzo per rinvenire la verità».

⁷ Nel 1740 venne abolita in Prussia, nel 1770 in Sassonia, nel 1780 in Francia, nel 1786 nel Granducato di Toscana, nel 1789 nel Regno di Sicilia.

⁸ D. DI CESARE, *op. cit.*, 17.

⁹ Si pensi alle tecniche di tortura impiegate nella guerra per l'indipendenza dell'Algeria condotta nei confronti della Francia tra il 1954 ed il 1962. V., *infra*, cap. 4. Per un approfondimento delle tecniche di tortura impiegate nella guerra d'Algeria, v., R. BRANCHE, *La Torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie. 1954-1962*, Parigi, 2001, *passim*; F. FANON, *Les damnés de la terre*, trad. it. a cura di L. ELLENA, Torino, 2007, *passim*; M. HARBI, B. STORA (a cura di), *La Guerre d'Algérie. 1954-2004, la fin de l'amnésie*, Parigi, 2004, *passim*; G. LATERRA, *Storia della tortura*, Firenze, 2007, 127; C. MAUSS-COPEAUX, *Algérie 20 août 1955. Insurrection, répression, massacre*, Parigi, 2011; P. VIDAL NAQUET, *Lo Stato di tortura. La guerra d'Algeria e la crisi della democrazia francese*, Milano, 2012, *passim*; v., altresì, la controversa testimonianza del generale Paul Aussaresses nel suo libro *Services spéciaux Algérie 1955-1957: Mon témoignage sur la torture* (2001), trad. it. *La battaglia d'Algeri dei servizi speciali francesi, 1955-1957*, Gorizia, 2007, *passim*. Con riguardo ad una dolorosa testimonianza, si veda, H. ALLEG, *Tortura*, Torino, 1958, *passim*. Cfr., altresì, M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016, 96 ss; M. LAZREG, *Torture and the Twilight of Empire: From Algiers to Baghdad*, Princeton, 2008, 15; E. SCAROINA, *op. cit.*, 13.

¹⁰ Emblematici sono i racconti relativi alle Torture di Stato perpetrate in Grecia durante il regime dei Colonnelli (1967-1974). Sul tema, v., J. BECKET, *Tortura in Grecia*, Milano, 1970, *passim*; M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 98; J. P. SARTRE (a cura di), *La Grecia dei colonnelli*, Bari, 1970, *passim*; J. STARAKIS, *Dans les prisons des colonels*, Parigi, 1971.

¹¹ Si pensi alla prigionia di Abu Ghraib nota alle cronache a partire dal 2004, quando si è cominciato ad apprendere di umiliazioni e torture che venivano compiute sui detenuti iracheni da parte dei soldati statunitensi e della Cia. Per una ricostruzione degli abusi commessi in tale struttura, v., A. W. MCCOY, *Una questione di Tortura. I metodi di interrogatorio della CIA, dalla guerra fredda alla guerra al terrore*, Roma, 2008, 163. Con riguardo al nostro ordinamento vale la pena menzionare sin d'ora i fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto a Genova in occasione del G8. Tale vicenda sarà approfondita nel dettaglio nel capitolo 2, par.

internazionale¹². Si tratta solo di una serie di molteplici circostanze tese a dimostrare l'attualità di un crimine così antico. E' con il Secondo conflitto mondiale che se ne denuncia un drammatico ritorno. Di tale preoccupazione si trova una significativa traccia nei documenti immediatamente successivi alla Seconda Guerra mondiale, come l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e l'analoga formulazione testuale contenuta nell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950.

Dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 gli ordinamenti occidentali hanno di nuovo ceduto alla pulsione di scatenare nei confronti di talune categorie di imputati un processo di stampo «*offensivo*»¹³, scoperchiandosi

4.1. Tali fatti non rimasero isolati. La cronaca, anche quella dei nostri giorni, registra numerosi casi di ordinaria violenza connessa alla gestione dell'ordine pubblico: si pensi, giusto per citarne alcune, alle vicende di Giuseppe Gullotta, di Tarzan Sulic, di Federico Aldrovandi, di Paolo Scaroni, di Tiziana Pennino, di Stefano Gugliotta, di Giuseppe Uva, di Stefano Cucchi, Claudio Renne e Andrea Cirino. Sebbene in alcuni di questi casi non si sia potuto parlare propriamente di tortura è comunque possibile ravvisare una violazione di quanto sancito dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Per un approfondimento dettagliato di tali casi, v., E. SCAROINA, *op. cit.*, 118-123.

¹² Il tema sarà affrontato nel capitolo IV del presente elaborato. Sull'impatto di questa «guerra» sui principi fondamentali del diritto penale, si veda, M. DELMAS-MARTY, *The Paradigm of the War on Crime*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol 5 (3), 2007, 584 ss; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2006, 735 ss, spec. 755-758. Si può, in questa sede, anticipare come nel 2002 l'amministrazione *Bush* avesse aperto presso la base navale di *Guantanamo Bay* sull'isola di Cuba, una struttura detentiva di massima sicurezza nella quale venivano ospitati i sospetti di attività terroristiche e classificati come «*combattenti irregolari*» e, in quanto tali, esclusi dall'applicazione della Convenzione di Ginevra. «*Guantánamo è la metonimia del campo del nuovo millennio, l'iperbole della detenzione indefinita, l'effetto ultimo dello Stato di eccezione, il fronte arretrato e decisivo della guerra al terrore*» (D. DI CESARE, *op. cit.*, 177). Per un approfondimento della normativa antiterrorismo vigente negli Stati Uniti, v., C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, 2006, *passim*; J. A. E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo, negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, 739 ss. Più in generale v., C. BONINI, *Guantanamo. Usa, un viaggio nella prigione del terrore*, Torino, 2004, *passim*; E. SCAROINA, *op. cit.*, 14-15.

¹³ In questo senso D. NEGRI, *Diritto al silenzio e verità estorte. Regressioni della storia, reticenze dell'Europa, ipocrisie domestiche*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 161. Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., par. XVII, 46, descriveva il tipo di processo nel quale il giudice «*diviene nemico del reo*», poiché «*non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce*». Cfr., per ulteriori riflessioni in proposito, D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3950 ss.

completamente quel vaso di Pandora che sembrava essere stato chiuso in maniera definitiva dall'Illuminismo¹⁴.

In questo modo la difesa della sicurezza collettiva è tornata a svolgere il ruolo che tradizionalmente le hanno assegnato tutti i regimi autoritari, «ossia quello di giustificazione della sempre più pervasiva ingerenza dei poteri pubblici nella sfera individuale della libertà dei singoli»¹⁵. Ecco che, in tale contesto, riaffiorano i temi dello «Stato di emergenza»¹⁶, del «diritto penale del nemico»¹⁷, in cui si fa fronte l'idea che i diritti fondamentali della persona umana possano essere sacrificati dinanzi al bisogno della sicurezza e di forme di ricerca della prova sempre più pervasive¹⁸.

La tortura, quindi, continua ad essere praticata, sotto una molteplicità di forme, anche in quegli ordinamenti politici annoverabili tra quelli democratici che hanno aderito e sottoscritto le Dichiarazioni e le Convenzioni che pongono un divieto assoluto di tali pratiche e che prevedono una serie di obblighi di prevenzione e repressione, tra cui quello della sua criminalizzazione.

Da questo punto di vista, solo tardivamente, su impulso delle non rare condanne della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU ed a seguito dei vari richiami subiti dagli organismi internazionali preposti alla prevenzione del crimine, l'Italia si è adeguata alla Convenzione ONU contro la tortura del 1984 introducendo, con la legge n. 110 del 2017, una (già) controversa fattispecie incriminatrice all'art. 613-bis (tortura), il cui *drafting* legislativo ha fatto molto discutere fin da subito.

Di fronte alla nuova fattispecie ed ai suoi difetti di formulazione, pare opportuno domandarsi se sarebbe stato auspicabile rimanere nella situazione

¹⁴ M. LA TORRE, *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 20.

¹⁵ E. SCAROINA, *op. cit.*, 22; M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, *passim*.

¹⁶ B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 5, 2004, 1029-1091. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 113.

¹⁷ V., *infra*, cap. 2 par.1.1 e cap.4 par. 2.

¹⁸ La paura del nemico diviene quell'«arma psicologica elettiva per indurre i cittadini a sacrificare le libertà elementari e le tutele giuridiche in cambio della sicurezza». P. G. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Milano, 2008, 595.

pregressa o se la sua approvazione rappresenti, comunque, un passo in avanti per la tutela dei diritti umani.

Il presente elaborato muoverà da una ricognizione dell'ordinamento sovranazionale per poi analizzare le soluzioni adottate nelle legislazioni penali di tutti i Paesi europei che saranno suddivisi per modelli a seconda di una maggiore o minore corrispondenza del reato di tortura introdotto nei rispettivi Codici penali alla definizione del termine contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984. La comparazione «*verticale*» ed «*orizzontale*»¹⁹ consentirà di individuare quali caratteristiche dovrebbe avere, da un punto di vista normativo, un «*buon reato di tortura*»²⁰, di stabilire alcune linee guida che tentino di risolvere i numerosi problemi interpretativi posti dall'infelice formulazione dell'art. 613-bis c.p. e di rispondere al quesito sul quale la dottrina si sta interrogando: «*meglio una brutta legge che nessuna legge?*».

¹⁹ Con riguardo a tale terminologia v., *infra*, cap. 3 par. 1.

²⁰ Tale espressione si ricava in G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, 17.

CAPITOLO 1

IL DIVIETO DI TORTURA NELL'ORDINAMENTO SOVRANAZIONALE

SOMMARIO: 1.Premessa- 2.Il divieto di tortura nel diritto internazionale dei diritti umani- 2.1.La definizione di tortura nella Convenzione ONU del 1984- 2.2.Il divieto di tortura nel diritto internazionale umanitario- 2.3.Il crimine di tortura nel diritto penale internazionale: a) la tortura come crimine di guerra; b) la tortura come crimine contro l'umanità- 3.La repressione della tortura nell'Unione Europea- 3.1.La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza di Strasburgo- 3.2.La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti- 4.Osservazioni conclusive.

1.Premessa

Con la legge 14 luglio 2017, n. 110 è stato introdotto definitivamente nell'ordinamento penale italiano il delitto di tortura quale autonoma fattispecie di reato ed inserito nel Libro II, Titolo XII (Delitti contro la persona), Capo III (Delitti contro la libertà individuale), Sez. III (Delitti contro la libertà morale) all'art. 613-*bis* c.p.

L'analisi della disciplina italiana contro la tortura non può non prendere le mosse da una esposizione delle prescrizioni in materia assunte in sede sovranazionale²¹. Gli obblighi di derivazione internazionale riguardanti il

²¹ Va tenuto presente che la l. n. 110 del 2017 è stata fin da principio oggetto di serrate critiche da parte del Comitato Onu contro la tortura, il quale ha lamentato un allontanamento, ad opera del legislatore italiano, rispetto alla definizione di tortura internazionalmente condivisa. Pur sottolineando una serie di risvolti positivi compiuti dall'Italia nell'ambito della protezione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione contro la tortura, come la ratifica o l'adesione a strumenti di diritto internazionale, il Comitato CAT ha criticato il prodotto legislativo italiano, ritenendo l'art. 613-*bis* c.p. inadeguato alla punizione del crimine. Nelle sue ultime Osservazioni conclusive alla relazione presentata dall'Italia, il Comitato ha mosso alcuni rilievi critici nei confronti della formulazione del delitto prescelta dal Parlamento che sono stati, poi, condivisi dal Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa in una missiva inviata al detentore del potere legislativo (Lettera del Commissario per i diritti umani presso il

divieto di tortura hanno esercitato, infatti, un ruolo cruciale nel determinare l'introduzione della nuova fattispecie nell'ordinamento giuridico italiano.

L'analisi delle fonti sovranazionali costituirà, pertanto, il presupposto fondamentale «*per comprendere quale sia il campo giuridico e semantico della tortura*»²² e quanto la Novella sia rispettosa dello spirito delle norme internazionali.

Volgendo, quindi, lo sguardo a tale ordinamento esterno, si può subito constatare come il divieto *de quo*, articolato nei suoi aspetti sostanziali e procedurali, derivi dall'interazione di distinti settori del diritto internazionale, ispirati a logiche di fondo non coincidenti, di cui occorre tenere conto per non cadere in «*errori di traduzione*»²³. Si tratta, in particolare, del diritto

Consiglio d'Europa, 16 giugno 2017, CommHR/NM/sf, in <http://rm.coe.int/letter-from-nils-muiznieks-council-of-europe-commissioner-for-human-ri/1680727baf>. V., *infra*, Cap. 2, par. 8). In primo luogo, la definizione fornita da questa norma è stata ritenuta «*incompleta*» poiché, a differenza della previsione contenuta nell'art. 1 CAT, che verrà successivamente analizzato, non viene menzionato lo scopo specifico dell'atto. Inoltre, la fattispecie base del reato non contempla un reato proprio di tortura, ovvero non richiede che l'autore del crimine, chi lo abbia istigato, chi abbia fornito consenso o acquiescenza sia un pubblico ufficiale o altra persona che agisca in veste ufficiale. Infine ulteriore preoccupazione è stata destata da alcuni elementi «*superflui*» introdotti dalla normativa che determinano un significativo restringimento dell'ambito di applicabilità della fattispecie. Il Comitato CAT ha raccomandato all'Italia, altresì, di garantire che il reato di cui all'art. 613-bis c.p. non fosse oggetto di nessuna prescrizione, al fine di escludere qualsiasi rischio di impunità per i colpevoli dei maltrattamenti. In conclusione, l'organo deputato all'interpretazione della Convenzione ha ritenuto che la legge abbia introdotto una definizione di tortura «*significativamente più ridotta di quella contenuta nella Convenzione*» stabilendo «*una soglia più elevata per il reato*». Per le suesposte ragioni, il Comitato CAT ha raccomandato «*The State party should bring the content of article 613-bis of the Criminal Code into line with article 1 of the Convention by eliminating all superfluous elements and identifying the perpetrator and the motivating factors or reasons for the use of torture*». CAT Committee, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18 december 2017, CAT/C/ITA/CO/5-6, par. 10-11. Per un commento sulle Osservazioni conclusive, v., F. CANCELLARO, *Pubblicate le osservazioni del Comitato Onu contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Riv. dir. pen. contemp.*, fasc. 1, 2018, 301-305. V., altresì, P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 123-125.

²² P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Pol. dir.*, fasc. 3, 2017, 416. Secondo l'A. «*la codificazione del crimine nell'ordinamento giuridico interno è esito di un adattamento a norme provenienti dall'ordinamento internazionale*» e, pertanto, «*a questo bisognerà guardare [...]*».

²³ In tal senso, J. GENEUSS, *Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals' "Unique Context" and the Flexibility of the European Court of Human Rights' Case Law*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 404 ss.

internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale^{24 25}.

Al fine di poter apprezzare correttamente il contenuto delineato da una norma appartenente ad un altro ordinamento, invero, occorre acquisire una «*thick conception*», ossia una conoscenza profonda della stessa, con specifico riferimento al «*suo contesto di provenienza*», quanto a quello «*di sua destinazione*»²⁶.

Molteplici sono le Convenzioni internazionali ed i Trattati che si sono succeduti nel tempo, su scala globale. La *ratio* di tale perseveranza era già stata colta da Piero Calamandrei in un suo celebre scritto «*le Costituzioni, come voi*

²⁴ P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni*, cit., 416 ss; C. D. LEOTTA, voce *Tortura* (reato di), in *Dig. disc. pen.*, X aggiornamento, Torino, 2018, 865-874; P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 113-158; ID, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. pen. contemp.*, fasc. 10, 2017, 181-250. Con specifico riferimento all'influenza reciproca tra diritto penale internazionale, diritto internazionale umanitario e diritti fondamentali, v. i saggi raccolti in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV, *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, 2014, *passim*; L. VAN DEN HERIK, C. STAHN *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, a cura di L. VAN DEN HERIK, C. STAHN, Leiden, 2012, *passim*.

²⁵ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 187. L'A. sottolinea come «*il trapianto di nozioni dal terreno dei diritti umani a quello penale abbia determinato [...], l'ingresso di elementi elastici*» che mal si conciliano con il principio di legalità. A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2013, 22 ss; T. MERON, *The Principle of Legality in International Criminal Law*, in ID., *The Making of International Criminal Justice. The View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, 2011, 110 ss; D. ROBINSON, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, 925 ss; M. SHAHABUDEEN, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 1007 ss.

²⁶ Tale aspetto è sottolineato da P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 117. Si veda, altresì, K. KNOP, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2000, 501 ss; A. WIENER, P. LISTE, *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, 2014, 263 ss. La dipendenza tra i singoli settori del diritto internazionale e tra questi e gli ordinamenti interni è stata oggetto di un attento dibattito nell'ambito del «*c.d. dialogo tra le Corti*» (si veda, in proposito, P. LOBBA, D. MARINIELLO (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden-Boston, 2017, *passim*; ID., *The Cross-Fertilization Rhetoric in Question: Use and Abuse of the European Court's Jurisprudence by International Criminal Tribunals*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 363 ss; A. M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, 99 ss. La problematica è stata a lungo analizzata anche all'interno del dibattito su «*pluralismo e frammentazione*» nel diritto internazionale: v., M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law*, in *Modern Law Review*, 70 (1), 2007, 1-30; M. PROST, *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, 2012, *passim*; M. A. YOUNG, *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, 2012, *passim*.

*sapete, hanno quasi sempre nelle loro norme, un carattere polemico: le leggi nascono dal bisogno di evitare ciò che purtroppo si pratica. Ora il fatto che si senta il bisogno di vietare nella civile Europa la tortura vuol dire che nella civile Europa la tortura è tornata in pratica».*²⁷

Il messaggio di *Calamandrei*, oggi, risulta più attuale che mai. Per quanto se ne proclami il divieto, di fatto la tortura non è mai stata bandita in nessun ordinamento, «nemmeno in quelli che si dichiarano assolutamente democratici e rispettosi dei diritti umani»²⁸.

Lungi dal poter essere considerata «un imbarazzante arnese del passato»²⁹, essa è tornata al centro del dibattito politico e dottrinale, sia a livello interno che internazionale.

Si è continuato, invero, a farvi ricorso, nell'ordinarietà della gestione dell'ordine pubblico, come nei momenti di maggiore pericolo per la sicurezza nazionale³⁰.

In questa prima parte dell'elaborato si cercherà di analizzare la disciplina internazionale sviluppatasi attorno al divieto di tortura, al fine di ricostruire una definizione della stessa e comprendere quali obblighi di criminalizzazione incombono sul legislatore nazionale. Nella consapevolezza della varietà definitoria, sarà dedicato nel prosieguo, uno spazio particolare, nell'ambito delle fonti dei diritti umani, alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (CAT) con risoluzione 39/46 del 10 dicembre 1984 ed

²⁷ P. CALAMANDREI, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in *Il Ponte*, n. 3, 1949, 230. Soffermandosi sul problema delle carceri, l'A. invitava a vedere il dolore provocato dalla carcerazione ed i vari aspetti di disumanità alla stessa correlati.

²⁸ «Talvolta praticata in modo latente e occulto, nelle stanze segrete delle democrazie, talvolta addirittura regolamentata, nello sforzo - quasi ossimorico - di legittimarla disciplinandone l'uso, la tortura non è mai scomparsa dalla nostra società». E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 29.

²⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 182.

³⁰ Tale tematica sarà affrontata nel Capitolo IV del presente elaborato. Per riprendere il pensiero di *Calamandrei*: in nessun caso la ragione di Stato può legittimare torture, trattamenti disumani o degradanti. Tale monito si pone come baluardo di civiltà rispetto ad alcune concezioni contemporanee che vorrebbero legittimare forme di tortura finalizzate al contrasto del terrorismo.

entrata in vigore il 26 giugno 1987³¹ ed alla quale l'Italia ha aderito con L. 03 novembre 1998, n. 489³².

Dato che, come si è visto, la fattispecie in esame è caratterizzata da un particolare poliedricità tale da renderla oggetto di studio da diverse prospettive³³, sarà opportuno focalizzare l'attenzione, altresì, su come il divieto

³¹ Cfr., *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman Treatment or Punishment*, 10.12.1989, UN Doc. A/RES/39/46. Per un commento si v., J. BARRETT, *The Prohibition of Torture under International Law*, in *The International Journal of Human Rights*, Vol. V, nn. 1-2, 2001, 1 ss; M. BAŞOĞLU, *Torture and Its Definition In International Law: As Interdisciplinary Approach*, Oxford, 2017, *passim*; A. BOULESBAA, *An Analysis of the 1984 Draft Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Dickinson Journal of International Law*, 1986, 185 ss; J. DONNELLY, *The emerging International regime against Torture*, in *Netherlands International Law Review*, 1986, 1 ss; Z. HAQUANI, *La Convention des Nations Unies contre la Torture*, in *Revue générale de droit International publique*, 1986, 127 ss; B. KARUMI, *Protection of the Right Against Torture under International Human Rights Law: A Critical Appraisal*, in *Journal of Law, Policy and Globalization*, 2015, 37, 204-212; T. KELLY, *The UN Committee against Torture: Human Rights Monitoring and the Legal Recognition of Cruelty*, in *Human Rights Quarterly*, 31, 567-591; C. KRAUSE, M. SCHEININ, *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku, Abo Akademi University, Institute for Human Rights, 2009, 677; K. MESKELE, *Interpretation of Article One of the Convention against Torture in Light of the Practise and Jurisprudence of International Bodies*, in *Beijin Law Review*, 2014, 49-61; N. S. ROLDELY, *The Definition of Torture under International Law*, Oxford, 2002, *passim*; M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 56 (4), 1987, 303 ss; D. WEISSBRODT, C. HEILMAN, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in *Law and Inequality*, 2011, 29, 343-394. Il più completo resoconto dei lavori preparatori della CAT è offerto da J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*, Boston, London, 1988, *passim*.

³² Il 12.01.1989, in base all'autorizzazione disposta con la L. 03.11.1988, n. 489, è stato depositato presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite lo strumento di ratifica della Convenzione. Ai sensi dell'art. 27, par. 2, la Convenzione è entrata in vigore per l'Italia l'11.02.1989.

³³ Cfr., P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Jouurnal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, 183 ss. La letteratura sul divieto di tortura è decisamente ampia e sterminata. Si segnala, al riguardo, per il carattere più generale della trattazione: F. GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4, 2014, 595 ss. Sul tema, R. BANK, *International Efforts to Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?*, in *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, 613 ss; M. C. BASSIOUNI, D. DERBY, *An Appraisal of Torture in International Law and Practice*, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 48, 1977, 17 ss; A. CULLEN, *Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the [ECtHR]*, in *California Western International Law Journal*, vol. 34, 2003, 29 ss; M. FORNARI, *La [CAT]*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, 203 ss; H. DANIELIUS, *Protection Against Torture in Europe and the World*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD, (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 263 ss; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e*

di tortura sia concepito nell'ambito del diritto internazionale umanitario (da intendersi nell'accezione di «*diritto di Ginevra*», teso a tutelare i militari fuori combattimento, i civili e le popolazioni disarmate investite dalla forza bellica), nel diritto penale internazionale, potendo la tortura, a tal riguardo, costituire sia un crimine contro l'umanità, sia un crimine di guerra e nella prospettiva europeista, mediante l'analisi dell'art. 3 CEDU, così come interpretato dai Giudici di Strasburgo e della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987.

2. Il divieto di tortura nel diritto internazionale dei diritti umani

Come è stato osservato in premessa, il rigetto e l'assoluta proibizione della tortura trovano il loro più coerente e costante fondamento giuridico nelle norme del diritto internazionale, in maniera così intensa da far giungere la dottrina dominante e la giurisprudenza a sostenere che il divieto assoluto assurga al rango di *jus cogens*³⁴, entrando a far parte del diritto internazionale

ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?, in *Quad. cost.*, fasc. 3, 2004, 555 ss; R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, 254 ss; W. P. NAGAN, L. ATKINS, *The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, 87 ss; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, 463 ss; ID., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 1993, fasc. 4, 1993, 979 ss; F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, 27 ss.

³⁴ In dottrina si v., J. E. MENDEZ, *How international Law Can Eradicate Torture: a Response to Cynics*, in *Southwestern Journal of International law*, 22, 2016, 247-267, in particolare 250 e D. WEISSBRODT, C. HEILMAN, *Defining Torture*, cit., 361-362, i quali precisano che il divieto *de quo* costituisca una norma di *jus cogens* al pari del divieto di commettere genocidio e di ridurre in schiavitù altre persone. Si veda, altresì, K. MESKELE, *Interpretation of Article One*, cit., 50; M. PRENCE, *Torture as Jus Cogens Norm*, in *Juridica Acta Universitatis Danubius*, 2011, 2, 87-98; L. A. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale*, in *La Comunità internazionale*, vol. 60, fasc. 3, 2005, 25, in particolare nota 75, in cui vengono citate una serie di pronunce delle Corti statunitensi che sanciscono la natura di norma cogente del divieto in esame. Con specifico riguardo alla riduzione in schiavitù si rinvia a M. C. BARBIERI, *La riduzione in schiavitù. Un passato che non vuole passare. Un'indagine storica sulla costruzione e i limiti del "tipo"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 39, n. 1, 2010, 229-297; ID., *La riduzione in schiavitù*, in P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni. Danni da reato. Responsabilità processuale, Pubblica amministrazione*, Vol. VI, Padova, 2011, 691 ss. Cfr., altresì, Human Rights Council, *Report of*

consuetudinario, rendendosi vincolante a prescindere dalla volontà espressa dei singoli Stati, ben oltre la vigenza dei Trattati e delle Convenzioni in cui quel divieto è stato positivizzato³⁵.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, quindi, la proibizione della tortura ha natura assoluta ed inderogabile³⁶, non bilanciabile³⁷ con altri diritti, né oggetto di sospensione, neppure in quei contesti in cui venga messa a repentaglio l'esistenza stessa della nazione³⁸.

Già in tempi anteriori alla stipula della citata Convenzione Onu del 1984, il divieto di tortura trovava il suo espresso riconoscimento in quello che ancora oggi è ritenuto uno dei più autorevoli strumenti di *soft law*³⁹, ossia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sottoscritta in seno

The Special Rapporteur on Torture. Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment, 05 febbraio 2010, A/HRC/13/39/Add.5, par. 41. In giurisprudenza si v., Corte internazionale di Giustizia, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 luglio 2012, par. 99: «*In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens)*». Si veda, altresì, Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/I-T, parr. 144-153 ss, in cui si legge: «*The prohibition of torture is a peremptory norm of jus cogens*»; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 16 novembre 1998, *Prosecutor v. Delalić*, IT-96-21-T, par. 454.

³⁵ Sul tema, cfr., *ex multis*, D. LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge-New York, 2007, 165 ss; E. DE. WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 15, 2004, 97 ss. V., altresì, M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 87-88.

³⁶ In quanto norma di diritto cogente viene collocata al vertice della gerarchia delle fonti e non può essere suscettibile di deroghe da parte di norme di rango inferiore. La comunità internazionale pone un divieto in capo agli individui di commettere tale crimine indipendentemente dal numero delle vittime e dalle circostanze nelle quali viene perpetrato, imponendo agli Stati di perseguire e punire i soggetti attivi del reato, a prescindere dal luogo in cui è stato compiuto o dalla nazionalità dell'autore o della vittima. V., A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, 117-119.

³⁷ Sul punto, v., P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 189, in particolare nota 32; ID., *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 119.

³⁸ Sul carattere assoluto del divieto di tortura, si veda il dibattito stimolatosi tra gli studiosi di diritto internazionale, K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol 6 (2), 2008, 261; F. JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, (5), 2005, 1059.

³⁹ M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999, 31; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 191 ss; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, 26.

all'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948⁴⁰, il cui articolo 5 prevede che: «*Nessuno può essere sottoposto alla tortura, né a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti*». E' con tale documento che, per la prima volta, il divieto di tortura viene espresso a chiare lettere e «*non si ha più pudore e timore di evocarne lo spettro*»⁴¹.

L'art 5 della Dichiarazione del 1948 ha ispirato molteplici fonti internazionali, il cui obiettivo principale è quello di realizzare una effettiva tutela contro il crimine in esame. Il 31 luglio 1957 il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite ha adottato le Regole minime *standard* per il trattamento dei prigionieri⁴², il cui obiettivo consiste nell'assicurare condizioni minime di adeguato trattamento dei detenuti al di sotto del quale nessun ordinamento penitenziario dei vari Stati membri possa scendere. Tali regole sono state recentemente riviste al fine di aggiornare il contenuto dei principi a tutela dei diritti delle persone in regime di detenzione. L'aggiornata versione è stata approvata il 22 maggio 2015 dalla *UN Crime Commission* ed è stata identificata con il nome «*Mandela Rules*», in onore dell'eredità morale lasciata dal Presidente del Sud Africa recentemente scomparso. La prima regola contenuta nei principi generali sancisce proprio il rispetto della dignità umana ed il divieto di tortura: «*All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings. No prisoner shall be subjected to, and all prisoners shall be protected from, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, for which no circumstances whatsoever may be invoked as a justification*»⁴³.

⁴⁰ La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata adottata con Risoluzione dell'Assemblea Generale 217 A (III), documento ONU A/8/10 al 71 (1948).

⁴¹ M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 88. Con riguardo alla collocazione nella gerarchia delle fonti della dichiarazione, si v., T. BUERGENTHAL, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 19 n. 4, 1997, 705; H. CHARLESWORTH, *Universal Declaration of Human Rights (1948)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, 13 ss.

⁴² V., sul tema, cfr. T. PADOVANI, *Tortura, Lezione I sulla tortura alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, Pisa, 2015, 13; N. S. RODLEY, M. POLLARD, *The Treatment of Prisoners under International Law*, III ed., Oxford, 2011, 277 ss.

⁴³ La riconducibilità degli atti di tortura a contesti di privazione legittima della libertà personale ha indotto le Nazioni Unite ad introdurre l'8 dicembre 1988 il Corpo dei principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione, che

Subito dopo l’emanazione della Dichiarazione del 1948, la Commissione dei diritti dell’uomo delle Nazioni Unite si è dedicata alla redazione del Patto internazionale sui diritti civili e politici approvato dall’Assemblea Generale delle nazioni Unite il 16 dicembre 1966⁴⁴, entrato in vigore il 23 marzo 1976. Esso rappresenta il punto di arrivo di un percorso, iniziato già nel 1948, teso a esplicitare e rendere obbligatori per gli Stati gli impegni reciproci necessari al concreto rispetto dei diritti enunciati nella Dichiarazione⁴⁵. L’art. 7 del Patto,

vieta esplicitamente la tortura all’art. 6 secondo cui «*no person under any form of detention or imprisonment shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. No circumstance whatever may be invoked as a justification for torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*», mentre un esplicito obbligo di criminalizzazione dei fatti di tortura è previsto nel successivo art. 7.1. A quest’ultimo Documento hanno fatto, poi, seguito i Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti del 1990, i quali si limitano a ribadire il contenuto delle Regole *standard* per il trattamento dei detenuti; il Manuale per un’efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, inumano o degradante, del 9 agosto 1999, il cui fine è quello di individuare degli *standard* minimi di tutela atti a reprimere fatti di tortura nel contesto in cui operano alcune particolari categorie quali i medici, i giuristi e gli interpreti. Infine, merita menzione anche la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, il cui art. 37, par. 1, lett. a) obbliga gli Stati a garantire che nessun bambino sia sottoposto a tortura, trattamenti, pene crudeli, inumani e degradanti (per un commento, v., W. SCABAX, H. SAX, *Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty. Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Child*, Leiden- Boston, 2006, passim); la Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 che, all’art. 5 lett. b), sancisce l’impegno degli Stati contraenti a promuovere «*il diritto alla sicurezza personale ed alla protezione dello Stato contro le violenze o sevizie da parte sia di funzionari governativi, sia di ogni individuo, gruppo od istituzione*»; la Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, il cui articolo 10 prevede che «*nul travailleur migrant ou membre de sa famille ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*»; la Dichiarazione sull’eliminazione della violenza contro le donne del 20 dicembre 1993 che, all’art. 3, lett. h), riconosce tra i diritti delle donne, quello di «*non essere sottoposte a tortura, o ad altri maltrattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti*»; la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, il cui articolo 15 vieta, unitamente alla tortura ai trattamenti ed alle pene crudeli, inumani e degradanti, le sperimentazioni mediche e scientifiche operate senza il consenso (art. 15, par. 1), imponendo agli Stati l’assunzione di misure legislative, amministrative, giudiziarie, affinché le persone portatrici di disabilità siano tutelate contro la tortura a parità delle altre persone (art. 15, par. 2). E. SCARONA, *op. cit.*, 56-57. Tra le fonti regionali extraeuropee poste a tutela del divieto di tortura, si ricordino la Convenzione americana sui diritti umani del 1969, la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli adottata a Nairobi nel 1981 e la Convenzione inter-americana per la prevenzione e la punizione della tortura adottata dall’Assemblea dell’Organizzazione degli Stati Americani a *Cartagena de las Indias* (Colombia) nel 1985.

⁴⁴ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato con Risoluzione dell’Assemblea Generale 2200 (XXI).

⁴⁵ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, 135; C. ZANGHÌ, *op. cit.*, 89. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici cerca di ovviare alla mancanza di obblighi

che ha avuto quale fonte ispiratrice l'art. 5 della Dichiarazione sopra citata, ne riprende pedissequamente la formula sancendo che «nessuno può essere sottoposto alla tortura, né a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti», aggiungendo che «in particolare, è vietato sottoporre una persona senza il suo libero consenso ad un esperimento medico o scientifico»⁴⁶

⁴⁷. Tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 4 del Patto stesso, in virtù del quale il divieto di tortura non è soggetto a deroghe di tutela consentite in caso di pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della nazione.

Il Patto del 1966 prevede, altresì, una serie di obblighi di prevenzione e repressione di comportamenti individuali specifici, il cui fine è quello di contribuire ulteriormente all'effettivo «sradicamento» delle violazioni dei diritti umani. Tali obblighi danno vita a meccanismi di controllo internazionale, affidandone la gestione ad organi costituiti *ad hoc*. A tal proposito gli articoli 28 e seguenti del Patto hanno previsto l'istituzione del Comitato dei diritti dell'uomo, con sede a Ginevra, il quale riceve ed esamina i rapporti che gli Stati membri sono tenuti a presentargli⁴⁸, le comunicazioni interstatuali e, in

cogenti nei confronti degli Stati firmatari della Dichiarazione del 1948, non limitandosi a prevedere un catalogo di diritti fondamentali della persona, ma ponendo, altresì, a carico degli Stati parte, l'obbligo di riconoscerli e di conformare ad essi il proprio ordinamento interno. Particolarmente interessante da questo punto di vista è l'art. 2 del Patto, secondo cui «Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a compiere, in armonia con le proprie procedure costituzionali e con le disposizioni del presente Patto, i passi necessari per l'adozione delle misure legislative o di altro genere che possano occorrere per rendere effettivi i diritti riconosciuti nel presente Patto, qualora non vi provvedano già le misure, legislative o d'altro genere, in vigore». Per una traduzione della norma, si veda, G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno*, in *L'indice penale*, 2011, 741-742. Sul tema, in generale, si veda, O. SCHACHTER, *The Obligation to implement the Covenant in Domestic Law*, in L. HENKIN, *The International Bill of Rights, the Covenant on civil and Political Rights*, New York, 1981, 311.

⁴⁶ Prima di tale accordo internazionale del 1966, tale tipologia di maltrattamento, particolarmente frequente durante la Seconda Guerra mondiale, era stata presa in considerazione solo dalle Convenzioni di Ginevra.

⁴⁷ È da notare, tuttavia, un'importante differenza tra i due documenti. Il Patto costituisce una Convenzione internazionale e, in virtù della ratifica, obbliga gli Stati aderenti a rispettarlo, mentre la Dichiarazione dei diritti dell'uomo è un atto avente natura non vincolante, tuttavia dotata di un grande valore politico. H. CHARLESWORTH, *Universal Declaration of Human Rights 1948*, cit., 13 ss.

⁴⁸ Sul sistema dei rapporti periodici al Comitato si vedano, T. OPSAHL, *The Human Rights Committee*, in P. ALSTON (a cura di), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, 1995, 397; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the*

virtù del Protocollo addizionale aperto alla ratifica separata degli Stati, esamina anche le richieste provenienti da singoli individui sottoposti alla sua giurisdizione i quali assumano di essere stati vittime di violazioni di un qualsiasi diritto enunciato nel Patto, ad opera dello Stato parte⁴⁹.

In assenza di una espressa definizione del termine tortura, essendo la previsione di cui all'art. 7 particolarmente scarna, non specificando, altresì, cosa debba intendersi per trattamento crudele inumano e degradante, è stato proprio il Comitato dei diritti umani, mediante il Commento generale n. 20⁵⁰, a cercare di fornire una interpretazione della norma⁵¹. Per quanto manchi una definizione dei suddetti concetti, secondo il Comitato non risulta «*necessario tracciare rigide distinzioni tra le varie forme proibite di trattamenti o punizioni*»⁵², dipendendo le diverse categorie concettuali dalla natura, dallo scopo e dalla gravità del maltrattamento posto in essere⁵³.

Development of the International Covenant on Civil and political Rights, Oxford, 1991, 62. Più in generale, si v., A. DORMENVAL, *Procédures Onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'homme: limites ou défauts?*, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales Genève, Presses Universitaires de France, Parigi, 1992, 13-33.

⁴⁹ C. ZANGHÌ, *op. cit.*, 99; M. R. SAULLE, *op. cit.*, 29.

⁵⁰ Tra le funzioni del Comitato dei diritti umani si annovera anche quella di garantire una interpretazione autentica del testo del Patto mediante l'emanazione dei c.d. *General comments*. V., Comitato dei Diritti dell'Uomo, *General Comment* n. 20, 1992, UN doc. HRI/GEN/1/Rev.1.

⁵¹ La giurisprudenza del Comitato dei diritti umani è molto ampia con specifico riferimento alla tematica *de qua*: si veda, *ex multis*, *Grille Motta c. Uruguay*, com. 52/79; *Cariboni c. Uruguay*, com. 159/83; *Berterretche Acosta c. Uruguay*, com. 162/83; *Herrera Rubio c. Colombia*, com. 161/83; *Kennedy c. Trinidad e Tobago*, 26 marzo 2002, *Mwamba c. Zambia*, 2010; *Estrella c. Uruguay*, 1990; *Maritza Urrutia c. Guatemala*, 2003; *Elena Quinteros Almeida and Maria del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay*, 1990; *Schedko c. Bielorussia*, com. 886/99. Per un approfondimento v., E. SCARONA, *op. cit.*, 46, in particolare nota 69.

⁵² V., *General Comment* n. 7, del 30 maggio 1982.

⁵³ Più precisamente è stato sottolineato come lo scopo della disposizione *ex art. 7* sia quello di tutelare e proteggere la dignità e l'integrità fisica e mentale della persona umana. Lo Stato parte ha, quindi, un obbligo di implementare tutte le misure legislative necessarie affinché le persone sotto la propria giurisdizione siano tutelate da condotte contrarie all'art. 7, indipendentemente dalla qualifica del soggetto che ponga in essere l'atto proibito (pubblico ufficiale nell'esercizio o meno delle proprie funzioni o persona privata). Si specifica, inoltre, che l'isolamento prolungato dei detenuti potrebbe, a talune condizioni, costituire un trattamento inumano o degradante. I singoli Governi, infatti, devono adottare specifiche misure a garanzia del detenuto. Tra queste è opportuno ricordare le registrazioni puntuali dei prigionieri, l'accesso ai familiari e ai difensori della vittima, l'accoglienza dei detenuti unicamente in strutture ufficiali, oltre che fornire una adeguata istruzione e formazione al personale delle forze dell'ordine, al personale medico, alla polizia, ai funzionari e qualsiasi altra persona coinvolta nella custodia o nel trattamento di individui sottoposti a qualsiasi forma di arresto, detenzione o reclusione.

Si tratta, evidentemente, dei primi passi a livello internazionale: come tali sono ancora molto generici, lontani da precise definizioni. Indiscutibilmente, però, la normativa fin ora analizzata apre la strada ad una rapida evoluzione in materia. E' con la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale ONU il 9 dicembre 1975⁵⁴ che si introduce, sulla scena internazionale, la prima definizione del termine tortura⁵⁵. Per quanto costituisca uno strumento non vincolante, la Dichiarazione ha il pregio di avere fissato, per la prima volta, una serie di principi che saranno fonte di ispirazione e la base per i futuri strumenti in materia di tortura.

L'art. 1, invero, precisa che con il termine tortura si indica *«ogni atto per mezzo del quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, vengono deliberatamente inflitte ad una persona da agenti dell'amministrazione pubblica o su loro istigazione, principalmente allo scopo di ottenere da questa persona o da un terzo delle informazioni o delle confessioni o di punirla per un atto che essa ha commesso o che è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di intimidire altre persone. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a queste sanzioni o da esse cagionate, in una misura compatibile con le Regole minime standard per il trattamento dei detenuti»*^{56 57}.

Anche l'estradizione, il respingimento o l'espulsione verso Stati in cui vi sia il rischio di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti integra una violazione del Patto. Da un punto di vista processuale si specifica che le dichiarazioni assunte in violazione del divieto di tortura siano da considerarsi inutilizzabili e che gli Stati siano richiamati a svolgere indagini effettive volte a punire i colpevoli. Viene prevista, infine, la possibilità di risarcimento nei confronti delle vittime di tali atti.

⁵⁴ Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, Risoluzione dell'Assemblea generale n. 3452 (XXX), Un.doc. A/Res/3452 (XXX), 1975.

⁵⁵La Convenzione era stata preceduta dalla Risoluzione n. 3059 (XXVIII), UN doc. A/Res/3059 (XXVIII), 1973. Per maggiori approfondimenti, si v., C. INGLESE, *The UN Committee against torture: an assessment*, in *Kluwer Law International*, The Hague, 2001, 70-71; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Nijhoff, The Hague, 1999, 5-7; M. NOWAK, *What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, 810-813.

⁵⁶ Per una traduzione dell'art. 1 della Dichiarazione del 1975, si veda, E. SCAROINA, *op. cit.*, 47.

Tale definizione fa perno su quattro elementi positivi⁵⁸ ed uno negativo.

Il primo, analogamente a quanto sancito nell'art. 1 della Convenzione del 1984, è relativo al compimento di un atto (sia esso un'azione ovvero un'omissione) mediante il quale siano inflitte delle sofferenze, fisiche o psicologiche, “*gravi*”^{59 60}.

Sussiste, poi, il coefficiente psicologico costituito dal dolo, non potendo mai la tortura essere determinata da una condotta colposa: il dolore, invero, deve essere inflitto “*intentionally*”, vale a dire deliberatamente.

Il terzo requisito è lo scopo. Le sofferenze inflitte deliberatamente intanto costituiscono tortura in quanto abbiano una finalità, «*non una sola finalità, ma una finalità tipica connotativa del concetto*»⁶¹. E gli scopi si articolano su tre versanti: ottenere dalla persona o da un terzo informazioni o confessioni (tortura giudiziaria); punirla per un atto commesso o che si sospetta abbia commesso (tortura punitiva); intimidirla o intimidire altre persone (tortura pedagogica⁶²).

Il quarto requisito è costituito dalla qualifica del soggetto agente. In virtù della dichiarazione è necessario che gli atti siano posti in essere «*da o con l'istigazione di un pubblico ufficiale*», da tradursi, quest'ultimo, con l'espressione agente dell'amministrazione pubblica.

⁵⁷E' interessante sottolineare in questa sede come la Dichiarazione ONU del 1975 preveda, all'art. 5, la necessità di individuare programmi per garantire una adeguata formazione delle forze di polizia; l'obbligo *ex art. 7*, per ciascuno Stato, di introdurre nel proprio ordinamento una fattispecie *ad hoc* del delitto di tortura; l'obbligo *ex art. 9*, in capo alle autorità competenti dello Stato interessato, di procedere prontamente ad una «*impartial investigation*» anche in assenza di formale denuncia e di assicurare alle vittime un congruo risarcimento *ex art. 11* oltre alla inutilizzabilità delle informazioni acquisite tramite tortura *ex art. 12*.

⁵⁸ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 11.

⁵⁹ Cfr. M. NOWAK, *What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, 2006, 810 ss. e N. S. RODLEY, *The definition(s) of torture in international law*, in *Current Legal Problem*, Oxford, Vol. 55, 2002, 470 ss.

⁶⁰ Il requisito *de quo* è stato tra i più discussi, sia perché il richiamo alla gravità è stato oggetto di critiche (v., *infra*, cap. 2, par. 9), sia perché il termine sofferenze pare escludere dagli atti di tortura quelli posti in essere con tecniche moderne che incidono sulla capacità di autodeterminazione, senza provocare dolore. Cfr., Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 56, 1987, 304.

⁶¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 11.

⁶² *Ibidem*, cit., 12.

E' presente, infine, un requisito negativo. Secondo la Dichiarazione, sono esclusi dalla nozione di tortura, ed in particolare da quella di tortura punitiva: *«il dolore o le sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a queste sanzioni o da esse cagionate, in una misura compatibile con le Regole minime standard per il trattamento dei detenuti»*. Ogni dolore e sofferenza derivanti dall'applicazione di sanzioni legittime rispettose delle Regole minime *standard* per il trattamento dei prigionieri non possono, quindi, essere considerati tortura. Per essere legittime le sanzioni devono esserlo, in primo luogo, rispetto alle Regole minime *standard* e, solo in subordine, rispetto alle fonti interne⁶³.

Il secondo comma della norma *de qua* specifica, poi, come la tortura costituisca una *«forma aggravata e deliberata di pene o di trattamenti crudeli inumani o degradanti»*, cioè lo stadio massimo delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti.

Non si può non evidenziare il repentino progresso giuridico raggiunto nel corso di pochi anni. Nonostante la Dichiarazione ONU del 1975 non costituisca uno strumento vincolante, si evince la volontà degli Stati di giungere ad una definizione maggiormente precisa di tortura. Ciò nonostante tutte le Parti coinvolte hanno sentito, comunque, l'esigenza di promuovere nuove iniziative e *«legare gli Stati a regole di comportamento vincolanti. In questo contesto nacque l'idea di un trattato»*⁶⁴.

2.1.La definizione di tortura nella Convenzione ONU del 1984

E' con la Risoluzione 39/46⁶⁵ che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottava il primo atto internazionale, dotato di efficacia giuridica di *hard law*, dedicato interamente ed esclusivamente alla tortura⁶⁶.

⁶³ La critica veniva ravvisata nella difficoltà, in capo ad una sanzione, rispettosa delle Regole minime *standard*, di causare un livello di sofferenza tale da integrare la fattispecie di tortura.

⁶⁴ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Diritto.it (web)* - <http://www.diritto.it>, 29 ottobre 2009, 4.

⁶⁵ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 39/46, UN doc. A/Res/39/46, 1984.

Si tratta, come visto, della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, la quale si apre con una definizione che ricalca, dilatandola⁶⁷, la formulazione adottata dalla sopra citata Dichiarazione del 1975.

In particolare si precisa, nel suo primo articolo, che con il termine tortura si designa *«qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate»*⁶⁸.

Si tratta di una definizione minima dal momento che sia le fonti internazionali che quelle interne ben possono propendere per una più ampia accezione del crimine⁶⁹.

Analizzandone le caratteristiche che saranno poi approfondite nel capitolo II del presente elaborato mediante un raffronto con gli elementi costitutivi dell'art. 613-bis, si configura la tortura quando sussiste la combinazione di una serie di elementi che ricalcano, in parte, quelli della già esaminata Dichiarazione del 1975.

⁶⁶ La Convenzione Onu del 1984 è tra le più diffuse a livello internazionale, «essendo stata sottoscritta da ben 162 Paesi». V., E. SCARONA, *op. cit.*, 49.

⁶⁷ L'ampliamento riguarda la finalità di discriminazione ed il soggetto attivo del reato. Sul punto, v., P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 189. Sulle differenze tra la Dichiarazione del 1975 e la Convenzione del 1984, v., T. PADOVANI, *op. cit.*, 16-17.

⁶⁸ Per una traduzione della norma, si veda, G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale*, cit., 743.

⁶⁹ Art. 1 par. 2 della Convenzione Onu del 1948: «Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia».

In primo luogo la CAT richiede il coinvolgimento di un soggetto in possesso di una qualifica pubblicistica: gli atti costituenti tortura devono essere commessi da un funzionario pubblico⁷⁰ o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale non rilevando la c.d. «tortura privata»⁷¹. Alla commissione diretta degli atti di tortura vengono affiancati l'istigazione ed il consenso espresso o tacito da parte dell'*intraneus*.

A tal proposito, invero, la tortura non è semplicemente un fatto offensivo della incolumità e della dignità della persona vittima della violenza, ma esprime ancor più la distorsione del potere pubblico rispetto a chi si trovi in posizione di soggezione⁷².

In secondo luogo, l'art. 1 CAT è incentrato sul disvalore d'evento e non di condotta, poiché il fatto è descritto a forma libera, rilevando «qualsiasi atto»⁷³ e richiede la verifica di un evento connotato da specifiche note di gravità⁷⁴.

Con riguardo all'elemento soggettivo viene richiesto un dolo intenzionale in relazione alle gravi sofferenze inflitte⁷⁵ ed il dolo specifico, riconoscendo rilevanza unicamente a quelle condotte finalizzate al perseguimento di quattro

⁷⁰Come è stato sottolineato dalla dottrina, v., P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 192; E. SCARONA, *op. cit.*, 51, in particolare nota 43 ed individuato nel *General comment* n. 2, par. 15, la categoria dei funzionari è equipollente anche ad altri individui, inclusi i consulenti, collaboratori esterni o appaltatori, che agiscono a titolo ufficiale in concerto o per conto dello Stato o sotto la sua direzione o controllo o comunque *under «colour of law»*.

⁷¹ V. *infra*, cap. II, par. 6.1.

⁷² M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 del 2017]*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Torino, 2018, 227.

⁷³ Non risulta necessario che gli atti siano reiterati, essendo sufficiente un singolo atto, anche isolato, per integrare la fattispecie in esame. J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 117-118.

⁷⁴ E' proprio l'aggettivo "*severe*" traducibile con le espressioni forte, grave o acuto affiancato al dolore fisico o psichico che consente di distinguere la tortura dalle altre forme di maltrattamento, la quale si presenta così come un maltrattamento aggravato dalla speciale intensità del dolore. *Contra*, D. SUSSMAN, *Defining Torture*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, vol. 37 (2), 227-229. L'A. ritiene che il *discrimen* tra la tortura e gli altri *ill-treatments* sia, invece, da ricondurre all'elemento finalistico ed alla condizione di impotenza della vittima, ravvisandosi tortura solo qualora quest'ultima si trovi sotto il controllo del soggetto agente.

⁷⁵ Più che ravvisare in tale avverbio una scelta a favore della categoria del dolo intenzionale, esso ha la funzione di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura. A. BOULESBAA, *The UN Convention on Torture*, cit., 20; C. INGLESE, *The UN Committee against torture*, cit., 209; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 193.

obiettivi previsti come alternativi: ottenere dallo stesso soggetto passivo della condotta, o da una terza persona, informazioni o confessioni (finalità informative); punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso (finalità punitiva), di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona (finalità intimidatorie) o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione (motivo discriminatorio)⁷⁶.

L'ultimo aspetto da segnalare è la c.d. *lawful sanction clause*⁷⁷, la quale esclude dalla nozione di tortura le «sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate» e che, durante i lavori preparatori, aveva provocato un acceso dibattito⁷⁸. Ancora attualmente la dottrina risulta divisa sulla portata di tale clausola, ritenendo talvolta sanzioni

⁷⁶ Particolarmente discussa è la natura tassativa ovvero esemplificativa delle finalità descritte nella norma. Per quanto si propenda sulla natura illustrativa delle stesse, alcuni commentatori hanno comunque ravvisato la necessità di garantire il rispetto dell'omogeneità tra le ipotesi elencate nell'art. 1 CAT e quelle equiparabili in via interpretativa. J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 118; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 193. Ritiene configurabile qualche difficoltà nel ravvisare una omogeneità tra i vari scopi delineati dalla norma M. E. TARDU, *United Nations*, cit., 306. Inoltre, rispetto al testo della Dichiarazione del 1975, sono stati aggiunti i motivi della coercizione e della discriminazione.

⁷⁷ Rispetto alla Dichiarazione del 1975 viene eliso il riferimento alle Regole minime *standard* per il trattamento dei prigionieri del 1995. Ciò determina una conseguenza con specifico riferimento all'ordine di rilevanza delle fonti: se una sanzione è lecita secondo la fonte interna, la sofferenza ad essa collegata non può integrare il concetto di tortura individuato dalla fonte internazionale, ciò rischiando di limitare notevolmente l'ambito di applicazione della Convenzione. Sul punto, T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 15.

⁷⁸ La maggiore opposizione proveniva da quei Paesi, in particolare dell'area islamica, che ancora ammettono le punizioni corporali e che temevano che esse potessero ricadere entro l'alveo del divieto di tortura. A. BOULESBAA, *U.N. Convention on Torture*, cit., 31-35; C. INGLESE, *The UN Committee against Torture*, cit., 74 ss; P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 194; N. S. RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, cit., 277 ss. Commissione DU, *Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention and Imprisonment*, 19/12/1978, E/CN.4/1314, par. 30, 38, 46, 47. Sulla questione si è pronunciato il Comitato dei diritti umani (Comitato dei diritti umani, *General comment No. 20*, cit., par. 5) ed il Comitato contro la tortura (Comitato contro la tortura, *Consideration of Reports, Conclusions and recommendations, Saudi Arabia*, 12/06/2002, CAT/C/CR/28/5, par. 8(b)), i quali hanno dichiarato la contrarietà delle pene corporali alle disposizioni dei rispettivi trattati istitutivi.

legittime solo quelle rispettose degli *standard* internazionali minimi⁷⁹, altre volte ravvisando nella stessa una carenza di significato precettivo⁸⁰.

Come si evince chiaramente dal titolo della Convenzione, viene effettuato un riferimento anche ai trattamenti crudeli, inumani o degradanti, pur mancando una espressa definizione degli stessi. L'unica menzione presente è quella di cui all'art. 16 CAT, norma che impegna gli Stati a vietare nel territorio posto sotto la propria giurisdizione altri atti che, al di fuori della nozione di tortura *ex art. 1* par. 1 CAT, infliggano pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti commessi da un soggetto dotato di pubblica autorità o su sua istigazione ovvero con il suo consenso espresso o tacito. Rispetto a tali atti lo Stato è destinatario, altresì, degli obblighi contemplati dagli artt. 10-13 CAT⁸¹.

Analizzata la definizione di tortura, così come prevista dalla CAT, occorre effettuare una disamina delle principali prescrizioni contenute negli articoli successivi al primo del Trattato *de quo*⁸². Nella prima Parte vengono disciplinati una serie di obblighi preventivi e repressivi che impegnano lo Stato nell'assunzione di provvedimenti in ambito legislativo, amministrativo e giudiziario (art. 2, par. 1). Inoltre, prosegue l'articolo 2, nessuna circostanza eccezionale può essere invocata in giustificazione della tortura, neppure in caso di guerra, di instabilità politica interna o di altra situazione eccezionale (art. 2, par. 2). Allo stesso modo la tortura non può essere giustificata dall'ordine del superiore o della pubblica autorità (art. 2, par. 3). Tali disposizioni rimarcano il carattere assoluto del divieto in esame. La Convenzione, inoltre, non prevede solo un obbligo di astensione da parte dello Stato a non compiere gli atti di cui

⁷⁹ C. INGLESE, *The UN Committee against Torture*, cit., 216, 236.

⁸⁰ M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008, 84. Tale aspetto è sottolineato anche da P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit. 195.

⁸¹ A tal riguardo, occorre evidenziare come, proprio con specifico riferimento a tali *ill-treatments* non vengano applicate alcune garanzie previste, invece, con specifico riguardo alla tortura, quali il divieto di estradizione verso Paesi a rischio, sancito all'art. 3 CAT, oltre che l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute avvalendosi di tali pratiche (art. 15 CAT). Sul punto E. SCAROINA, *op. cit.*, 53. V., altresì, Comitato contro la tortura, 24 maggio 2005, *Agiza v. Sweden*, CAT/C/34/D/233/2003; Comitato contro la tortura, 7 maggio 2005, *G.K. v. Switzerlan*, CAT/C/30/D/219/2002.

⁸² La Convenzione del 1984 è composta da 33 articoli, suddivisi in tre parti. Quella oggetto di interesse in questa sede è la Parte I, comprendente gli articoli 1-16.

all'art. 1 CAT, ma sancisce, altresì, il principio di *non refoulement*, ossia il divieto di espulsione, respingimento ed estradizione passiva a fronte del rischio di tortura. Per poter valutare il suddetto rischio sarà opportuno effettuare una serie di considerazioni, tra le quali la sussistenza di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, estese o massicce nello Stato di consegna (art. 3, par. 1)⁸³.

Seguono, poi, tutta una serie di obblighi di repressione penale: ogni Stato deve fare in modo di perseguire, nell'ordinamento interno, qualsiasi atto di tortura, sia nella forma consumata, sia del tentativo, oltre che le condotte di partecipazione criminosa. Ne discende un obbligo di introdurre una fattispecie che reprima atti costituenti tortura⁸⁴ (art. 4, par. 1)⁸⁵, oltre l'irrogazione di pene adeguate alla gravità del fatto commesso (art. 4, par. 2).

⁸³ Sul principio di *non refoulement* si veda un recente studio, N. BÜRLI, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Israel Law Review*, 50, 2017, 245-250.

⁸⁴ E' proprio con riguardo all'art. 4 CAT che il Comitato contro la tortura ha puntualizzato, nei confronti dell'Italia, che esso impone agli Stati di «*incorporate into domestic law the crime of torture and adopt a definition of torture that covers all the elements contained in article 1 of the Convention*». V., Comitato contro la tortura, *Concluding Observations on Italy*, UN Doc. CAT/C/ITA/CO/4, 18 maggio 2007, par. 5. E. SCAROINA, *op. cit.*, 53, sottolinea come la medesima osservazione sia stata formulata anche nei confronti di altri Paesi, quali Danimarca, Giappone, Olanda, Polonia e Ucraina. Molteplici sono i casi in cui il Comitato contro la tortura ha raccomandato l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* a quei Paesi i cui codici penali reprimevano già di per se fatti di tortura mediante fattispecie comuni o anche nei casi in cui la tortura era sanzionata come circostanza aggravante (v., *ex plurimis*, *Report of the Committee against Torture, Forty-fourth session*, 26 aprile-14 maggio 2010, A/65/44, pp. 92-93, par. 59 (13) (France), pp. 111-112, par. 61(7-8); (Liechtenstein), p. 121, par. 62(5) (Svizzera); Comitato contro la tortura, *Concluding observations on the fifth periodic report of Israel*, 3 giugno 2016, CAT/C/ISR/CO/5 par. 12-13; Comitato contro la tortura, *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Denmark*, 4 febbraio, 2016, CAT/C/DNK/CO/6-7, par. 10-11 (Danimarca). Per un commento, v., N. S. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture: State Obligations under the [CAT]*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 11(2), 2006, 119. Con specifico riferimento all'Italia, v., Comitato contro la tortura, *Consideration of Reports, Conclusions and recommendations*, Italy, 16 luglio, 2007, CAT/C/ITA/CO/4, par. 5, 19; V., altresì, Human Rights Committee, *Consideration of reports*, Italy, 18/08/1998, CCPR/C/79/Add.94, par. 19; Human Rights Committee, *Consideration of reports*, Italy, 03/08/1994, CCPR/C/79/Add.37, par. 8, 15; Comitato contro la tortura, *Consideration of reports*, Italy, 21/10/2015, CAT/C/ITA/5-6, par. 7, 9, 10, 12; Comitato contro la tortura, *Summary Record of the 764th Meeting*, 7/05/2007, CAT/C/SR.764, par. 2, 10; Comitato contro la tortura, *Summary Record of the 374th Meeting*, 3/05/1999, CAT/C/SR.374, par. 5. Per una analisi delle posizioni espresse dal Governo italiano, da un lato e quelle assunte dal Comitato CAT, si v., *infra*, cap. II, par. 3.

⁸⁵ Per un'analisi comparata con riguardo all'adempimento dell'obbligo sancito dall'art. 4 CAT, si veda, A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National*

L'art. 5 disciplina la legge penale nello spazio⁸⁶ introducendo un sistema di giurisdizione universale per perseguire gli autori di atti di tortura. La norma rappresenta uno dei pilastri fondamentali della Convenzione per quanto concerne la repressione della tortura. Lo scopo principale è quello di garantire che l'autore della trasgressione sia punito per l'atto commesso, precludendogli ogni possibilità di fuggire in un altro Stato⁸⁷. Salva una più ampia previsione nelle fonti internazionali e nazionali (art. 5, par. 3), lo Stato si impegna ad applicare le norme penali interne volte a reprimere fatti di tortura quando: a) il reato sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione (principio di territorialità) o a bordo di aeromobili o navi ivi immatricolati (principio della bandiera)⁸⁸; b) qualora il presunto autore del reato sia un cittadino del suddetto Stato⁸⁹; c) qualora la vittima sia un cittadino del suddetto Stato e quest'ultimo giudichi opportuno intervenire (principio di personalità passiva)⁹⁰. L'art. 5, par. 2 prevede che lo Stato debba assumere i provvedimenti necessari per stabilire la propria giurisdizione qualora il presunto autore della tortura si trovi sul territorio dello Stato e questo non proceda all'extradizione passiva⁹¹.

Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy), in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, 195 ss, in particolare, 202-204 e 212.

⁸⁶ C. D. LEOTTA, voce *Tortura (reato di)*, cit., 869.

⁸⁷ F. Z. NTOUBANDI, *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Leiden, 2007, 195-200.

⁸⁸ Lo Stato ha la giurisdizione su ogni crimine di tortura commesso nel suo territorio. Con quest'ultimo non vanno intesi solo i confini terrestri, marittimi e spaziali, ma ciascuna zona sottoposta al dominio o al controllo dello Stato (si pensi ai territori sotto controllo militare, territori coloniali, o qualsiasi altro territorio sul quale lo Stato eserciti un controllo effettivo).

⁸⁹ La disposizione, in sostanza, rispecchia un criterio di competenza giurisdizionale della c.d. personalità attiva che è comune a più ordinamenti interni, ma rappresenta altresì una previsione idonea per stabilire la competenza giurisdizionale anche in ordinamenti (si pensi specialmente a quelli di origine anglosassone) che hanno nella territorialità il solo e unico criterio tradizionale.

⁹⁰ In tal caso, però, a differenza della competenza giurisdizionale stabilita dall'art. 5, par. 1 lett. b), non vi è un vero e proprio obbligo per lo Stato. Quest'ultimo, infatti, è libero di decidere di esercitare la propria giurisdizione quando lo ritiene più appropriato.

⁹¹ L'art. 5, par. 2 sancisce il principio della giurisdizione universale, la cui previsione «rappresenta un rilevante indice normativo dell'offensività della tortura». C. D. LEOTTA, voce *tortura (reato di)*, cit., 869. Sul tema M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova, 2011, *passim*; con specifico riferimento alla disciplina della CAT in commento, v., A. CALIGIURI, *L'obbligo aut dedere aut judicare nel diritto internazionale*, Milano, 2012, 28-40.

Ulteriori obblighi repressivi sono previsti nel successivo art. 6 CAT, il cui primo comma prevede che ogni Stato parte sul cui territorio si trovi una persona sospettata di aver commesso il crimine di tortura debba provvedere alla detenzione o prendere qualsiasi altro provvedimento giuridico necessario per assicurare la presenza del sospettato⁹², oltre che porre in essere un'inchiesta preliminare sui fatti oggetto di accusa (art. 6, par. 2). Lo Stato parte ha successivamente l'obbligo di iniziare un procedimento penale nei confronti del sospettato, a meno che non decida di estradarlo verso un altro Stato competente.

Viene sancito, inoltre, il diritto di ogni persona sottoposta alla custodia di mettersi in contatto immediatamente con il più vicino rappresentante qualificato dello Stato di cui ha la cittadinanza o, se apolide, con il rappresentante dello Stato in cui abitualmente risiede (art. 6, par. 3). Sono previsti anche una serie di obblighi di comunicazione interstatuale. Quando uno Stato, infatti, detiene una persona sospettata di aver commesso atti di tortura, esso procede immediatamente, ai sensi dell'art. 6, par. 4, a darne comunicazione agli Stati parte che sono legittimati ad esercitare la giurisdizione sul reato ai sensi dell'art. 5, par. 1 CAT. In questo caso la comunicazione verrà fatta nel momento in cui vi sia l'intenzione di procedere nei confronti del sospettato da parte dello Stato che lo detiene. Quest'ultimo invierà rapidamente anche un rapporto sulle conclusioni dell'inchiesta preliminare, con contestuale indicazione circa l'intenzione di esercitare o meno la propria giurisdizione.

«Il perno su cui si fonda il sistema repressivo creato dalla Convenzione»⁹³ è rappresentato dal successivo articolo 7 CAT, il quale contiene la previsione dell'*aut dedere aut iudicare*⁹⁴. Qualora lo Stato sia a conoscenza della presenza

⁹² Tale detenzione e tali provvedimenti devono essere conformi alla legislazione del suddetto Stato e possono essere mantenuti soltanto entro i termini necessari al promovimento di un procedimento penale o di estradizione.

⁹³ A. CALIGIURI, *op. cit.*, 30; C. D. LEOTTA, *voce Tortura (reato di)*, cit., 869.

⁹⁴ Il principio *de quo* ha recentemente condotto all'istituzione in Senegal del primo Tribunale penale internazionalizzato e nel quale partecipa l'Unione degli Stati africani, avente il mandato di giudicare delle accuse contro l'ex dittatore del Ciad, *Hissène Habré*. V., M. BORTOLUZZI, *La*

sul proprio territorio dell'autore di un atto di tortura, lo stesso è tenuto a concedere l'extradizione oppure ad esercitare l'azione penale (art. 7, par. 1). Nel caso in cui lo Stato eserciti la giurisdizione, *ex art. 5 par. 2 CAT* (casi di giurisdizione universale), le norme in materia di prove non potranno essere meno rigorose di quelle applicabili *ex art. 5, par. 1 CAT* (art. 7, par. 2). Il presunto autore delle trasgressioni può essere perseguito e condannato solo qualora vi siano prove idonee e sufficienti a dimostrare la sua colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. L'art. 7, par. 3, infine, mira a salvaguardare i diritti fondamentali della persona accusata. Il presunto autore ha diritto ad un trattamento equo in tutte le fasi del giudizio, in particolare a un «*giusto processo*» dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

Particolare attenzione viene, quindi, rivolta all'extradizione. L'art. 8, par. 1 disciplina la relazione tra la Convenzione e gli esistenti o futuri trattati concernenti l'extradizione. Per quando riguarda i trattati esistenti, la norma prevede che gli atti di tortura siano considerati reati suscettibili di estradizione. Di conseguenza, la mancata inclusione degli atti di tortura tra i reati coperti dai trattati non può comportare mai un limite all'extradizione. Per i futuri trattati di estradizione, invece, viene disposto l'obbligo di includere gli atti di tortura tra i reati soggetti a estradizione⁹⁵.

In forza dell'articolo 9, par. 1 gli Stati parte si impegnano a fornire reciproca assistenza giudiziaria in connessione con i procedimenti penali relativi ai reati di tortura, con specifico riguardo alla comunicazione degli elementi di prova per l'accertamento dei fatti. Nel caso in cui gli Stati facciano parte di un

prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso Habré, in *Indice penale*, fasc. 1, 2017, 494 ss. V, altresì, E. CIMIOTTA, *Aut dedere aut judicare, universalità "condizionata" e [CAT]*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2013, 105 ss.

⁹⁵ Articolo 8 commi 2-4 della CAT: «2. Lo Stato Parte che subordini l'extradizione all'esistenza di un trattato e sia investito di una richiesta di estradizione da un altro Stato Parte al quale non è vincolato da alcun trattato in proposito, può considerare la presente Convenzione quale fondamento giuridico dell'extradizione per quanto riguarda i suddetti reati. L'extradizione è subordinata alle altre condizioni previste dal diritto dello Stato richiesto. 3. Gli Stati Parte che non subordinano l'extradizione all'esistenza di un trattato riconoscono i suddetti reati come casi di estradizione alle condizioni previste dal diritto dello Stato richiesto. 4. Tra Stati Parte i suddetti reati sono considerati, ai fini dell'extradizione, commessi sia nel luogo dove sono stati perpetrati sia sul territorio sottoposto alla giurisdizione degli Stati tenuti a stabilire la loro competenza in virtù del paragrafo 1 dell'articolo 5».

trattato di assistenza giudiziaria espressamente previsto dall'art. 9, par. 2, i loro obblighi di cui al primo comma verranno adempiuti in conformità alle disposizioni di tale trattato.

Gli artt. 10-13 sono dedicati alle attività di formazione ed alle azioni di vigilanza contro la tortura. Al fine di garantire che venga effettivamente osservato il divieto in questione, si richiede che il personale civile e militare deputato ad applicare la legge, quello medico, i pubblici funzionari e quanti altri siano dotati di un potere pubblico ed operino nella fase di custodia, di interrogatorio, o che comunque mettano in atto una limitazione della libertà personale, siano destinatari di una specifica formazione in materia (art. 10, par. 1). Ogni Stato parte è obbligato a garantire corsi di formazione per il personale suindicato al fine di cristallizzare il rispetto alla proibizione della tortura o altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Informazioni complete devono essere fornite sugli sforzi internazionali per combattere queste pratiche nonché sui risultati alla lotta a questi crimini. Il divieto di tortura, pertanto, non viene previsto unicamente dalla legge penale, bensì incluso nelle normative che disciplinano i compiti dei soggetti sopra elencati (art. 10, par. 2). Gli Stati, inoltre, devono esercitare una sorveglianza sulle pratiche di interrogatorio, custodia e trattamento delle persone in regime di restrizione della libertà personale, al fine di prevenire eventuali maltrattamenti (art. 11, par. 1). Viene previsto, altresì, il c.d. *duty to investigate*, che impone di intraprendere, eventualmente anche d'ufficio, indagini rapide ed imparziali⁹⁶, al fine di

⁹⁶ Comitato contro la tortura, 15 dicembre 2005, *Concluding Observations on Nepal*, CAT/C/NPL/CO/2, par. 24; Comitato contro la tortura, 11 dicembre 2012, *Concluding Observations on Togo*, CAT/C/TGO/CO/2, par. 11. Due sono gli aggettivi che accompagnano l'inchiesta: la rapidità e l'imparzialità della stessa. Il primo dovrebbe garantire che non vengano perpetrati nuovi atti di tortura, in una funzione preventiva; il secondo avrebbe la finalità di assicurare la totale estraneità dei legami tra i principali attori del processo e l'organo giudicante. A tal proposito si veda, Comitato contro la tortura, *Halimi v. Austria*, comunicazione 8/1991 del 27 settembre 1991, UN doc. CAT 8/91, par. 13.5, in cui lo Stato è stato considerato responsabile per aver avviato l'inchiesta con un ritardo di quindici mesi e non subito dopo la denuncia delle pratiche di tortura. Nello stesso senso, Comitato contro la tortura, *Halim-Nebzibi v. Austria*, comunicazione n. 8/1991 del 18 novembre 1993, UN Doc. CAT/A/49/44-40/1993, par. 13.5. Con specifico riferimento, invece, alla violazione del principio di imparzialità, si veda, Comitato contro la tortura, *Gerasimov v. Kazakhstan*, comunicazione n. 433/2010 del 10 luglio 2012, UN Doc. CAT/C/48/D/433/2010, par. 12.4. In quest'ultimo caso le indagini riguardanti gli atti di tortura perpetrati erano state affidate al

accertare la fondatezza delle pratiche di tortura (artt. 12 e 13)⁹⁷. Un'importante tutela a favore della vittima è disciplinata nell'art. 14, norma che impone allo Stato un obbligo di garantire una riparazione ed un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile, trasmissibili agli eredi in caso di morte, lasciando impregiudicato ogni diritto ad un risarcimento di cui la vittima, o qualsiasi altra persona, goda in virtù delle leggi nazionali⁹⁸.

L'art. 15 vieta l'ammissione come prova in un procedimento giudiziario di ogni dichiarazione ottenuta con la tortura, ciò al fine di tutelare la vittima, soggetti terzi e garantire il corretto esercizio della funzione giurisdizionale. La norma rimarca l'assolutezza dell'obbligo *de quo*, che non ammette eccezioni, fatto salvo quanto previsto dalla stessa norma⁹⁹, che sancisce la possibilità di usare tali dichiarazioni nell'ambito del procedimento contro l'autore stesso del crimine¹⁰⁰.

Per completezza espositiva si sottolinea in questa sede come gli articoli dal 17 al 24 della CAT siano esclusivamente dedicati all'istituzione ed al funzionamento del Comitato contro la tortura, il cui compito consiste nel

dipartimento di polizia responsabile per i presunti maltrattamenti commessi e successivamente a un organo valutante che non era affatto imparziale.

⁹⁷ L'art. 13 CAT, in particolare, riconosce un importante diritto alla vittima, ossia quello di ricorrere all'autorità giudiziaria al fine di punire i colpevoli e ottenere protezione da comportamenti intimidatori o ritorsivi in seguito alla denuncia o di qualsiasi deposizione resa; protezione, questa, estesa anche ai testimoni. Per quando riguarda la forma della denuncia degli atti in questione, secondo la prassi del Comitato CAT è sufficiente che la vittima porti i fatti all'attenzione dello Stato affinché questi sia obbligato (ai sensi art. 13) a procedere prontamente con un'indagine imparziale. Nel caso *Blanco Abad c. Spagna*, il Comitato ha osservato che «*article 13 does not require either the formal lodging of a complaint of torture under the procedure laid down in national law or an express statement of intent to institute and sustain a criminal action arising from the offence*». Comitato contro la tortura, *Blanco Abad c. Spain*, comunicazione n. 59/1996 del 14 maggio 1998, U.N. Doc. CAT A/53/44/1998, par. 8.7.

⁹⁸ Pur essendo l'art. 14 limitato ai casi di tortura, in alcuni casi il Comitato ha esteso il diritto al risarcimento anche in capo alle vittime degli altri *ill-treatments*. V., Comitato contro la tortura, *Dzemajl c. Jugoslavia*, comunicazione n. 161/2000 del 21 novembre 2001, par. 9.6.

⁹⁹ V., Comitato contro la tortura, *Concluding Observations on the United Kingdom*, 3 novembre 1999, UN Doc. A/54/44, par. 76; Comitato contro la tortura, *Concluding Observations on the United Kingdom*, 27 maggio 2013, UN Doc. CAT/C/GBR/CO/5, par. 25; Comitato contro la tortura, *Concluding Observations on Mexico*, 11 dicembre 2012, UN Doc. CAT/C/MEX/CO/5-6, par. 15.

¹⁰⁰ Nell'ordinamento italiano analoga disposizione è stata introdotta con la legge n.110 del 2017, la quale ha novellato il codice di rito, inserendo il c. 2 *bis* nell'art. 191 c.p.p. La questione è affrontata nel cap. II, par. 16, del presente elaborato.

monitorare che gli Stati parte della Convenzione adempiano agli obblighi pattizi¹⁰¹, mentre gli articoli dal 25 al 33 disciplinano l'adesione al trattato, l'entrata in vigore, la riserva e le proposte di emendamento, il ricorso alla Corte internazionale di Giustizia qualora insorgano delle controversie tra gli Stati.

La CAT è stata successivamente integrata dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, approvato il 18 dicembre 2002 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrato in vigore il 22 giugno 2006¹⁰², il cui principale obiettivo consiste nell'estendere a tutti gli Stati un meccanismo di prevenzione analogo a quello già presente in Europa (il CPT), colmando così una profonda lacuna che la Convenzione contro la tortura aveva ingenerato¹⁰³. A tal proposito è stato creato un corpo di esperti, ossia il Sottocomitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti nell'ambito del Comitato contro la tortura istituito dalla Convenzione Onu del 1984 (art. 2). Tale organo ha il compito di esaminare, per mezzo di sopralluoghi nel territorio degli Stati che hanno ratificato il Protocollo, qualsiasi luogo di detenzione dove si trovino, o potrebbero trovarsi, persone private della loro libertà, sia per ordine, o dietro richiesta, di una autorità pubblica, sia con il consenso tacito o espresso della stessa (art. 4, par. 1), al fine di incrementare la *«tutela delle persone private della loro libertà nei confronti della tortura o di altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti»* (art. 11, lett. a). Il Sottocomitato è dunque autorizzato ad accedere *«senza limitazioni a tutti i luoghi di detenzione e alle relative strutture»* (art. 14.1, lett. c)), ad *«incontrare le persone private della loro libertà, in assenza di testimoni, direttamente o, se necessario, tramite l'assistenza di un interprete, così come di riunirsi con qualsiasi altra persona che il Sottocomitato ritiene possa fornire informazioni rilevanti»* (art. 14.1, lett. d)). Mette a punto un

¹⁰¹ Per un approfondimento delle funzioni del Comitato contro la tortura, si veda, E. SCAROINA, *op. cit.*, 54-55.

¹⁰² Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, 18 dicembre 2002, UN. Doc. A/RES/57/199. A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani. Tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005, 122.

¹⁰³ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., 5.

programma di visite regolari, notificandolo agli Stati contraenti, affinché essi possano «*adottare quanto prima le disposizioni pratiche necessarie allo svolgimento delle visite*».

E' proprio in virtù dell'adempimento di quanto prescritto dagli artt. 20-21 del Protocollo opzionale del 2002 (oltre che di quanto sancito dalla Direttiva UE, n. 115 del 2008, concernente le Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), che in Italia è stato istituito il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e di cui si è dato conto all'inizio del presente capitolo¹⁰⁴.

2.2. Il divieto di tortura nel diritto internazionale umanitario

Il tema del rapporto tra i diritti umani ed il diritto internazionale umanitario è stato ampiamente affrontato e discusso in seno alla dottrina¹⁰⁵, la quale è giunta, da ultimo, a condividere la tesi della complementarietà dei due

¹⁰⁴ V., *supra*, par. 1 nota 1.

¹⁰⁵ AA. VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, Padova, 1989, *passim*; D. ARCHIBUGI, D. BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milano, 1998, *passim*; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, Padova, 1954, *passim*; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988, *passim*; L. CIAURRO, A. MARCHESI, *Introduzione ai diritti umani*, Firenze, 1998, *passim*; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 1992; S. DAVIDSON, *Human Rights*, Buckingham, 1993, *passim*; L. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, *passim*; T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, *passim*; ID., *Human Rights in International Strife: Their International Protection*, Cambridge, 1987, *passim*; W. SOLF, *Development of the protection of the wounded, sick and shipwrecked under the Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions*, in C. SWINARSKI (ed.), *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, 1984, 237; R. KOLB, *The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and 1949 Geneva Conventions*, in ICRC, 1998, 409 ss; A. REIDY, *The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross Archive*, vol 38, 1998, 513; J. PATRNOGIC, *Human Rights and international humanitarian law*, in *Bulletin of Human Rights*, 1, 1991, 1 ss; C. SOMMARUGA, *Human Rights and international humanitarian law*, *ivi*, 55 ss; G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950, *passim*; C. ZANGHÌ, *Il Regolamento di procedura della nuova Corte europea dei diritti dell'uomo: un tentativo per migliorare l'applicazione del controverso Protocollo n.11*, in *I Diritti dell'Uomo*, 3, 1997, 34.

sistemi¹⁰⁶, entrambi volti alla protezione dell'individuo attraverso la limitazione dei poteri statali¹⁰⁷.

Il diritto internazionale umanitario si suddivide in diritto dell'Aja (*jus in bello*), il quale comprende tutte le norme che stabiliscono i diritti ed i doveri dei belligeranti nella condotta delle operazioni militari e limitano la libertà nella scelta dei mezzi e metodi di combattimento e nel diritto di Ginevra, ossia il diritto umanitario in senso proprio, che è stato ideato per salvaguardare il personale militare fuori combattimento e le persone che non sono attivamente coinvolte nelle ostilità, in particolare la popolazione civile^{108 109}.

Gli strumenti giuridici su cui si basa il diritto di Ginevra sono le quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949¹¹⁰ ed i due Protocolli addizionali del 1977¹¹¹.

¹⁰⁶ Sulla tesi della complementarità, v., A. ORAKHELASHVILI, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?* in *Eur. Journ. Int. Law*, 2008, 162-168.

¹⁰⁷ E' ormai considerato pacifico che, nelle situazioni di conflitto armato, il sistema dei diritti umani non ceda il passo a quello del diritto umanitario, ma si affianchi a quest'ultimo. Cfr., J. M. HENCKAERTS, L. DOSWALD BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, 303. Tra i modelli di interazione tra i due sistemi normativi, v., O. A. HATHAWAY et al., *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law* *Review*, vol. 96, 2012, 1883 ss.

¹⁰⁸ Per un approfondimento della distinzione tra il diritto dell'Aja ed il diritto di Ginevra, cfr., E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, 26-32. Con riguardo, invece, ad un approfondimento delle quattro Convenzioni, v., J. S. PICTET, *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1952-1959, *passim*.

¹⁰⁹ La codificazione del diritto internazionale umanitario risale alla seconda metà dell'Ottocento e deve la sua origine soprattutto a *Henry Dunant*, il fondatore del Comitato internazionale della Croce Rossa. E' a partire dal secondo dopoguerra che si afferma tale branca del diritto soprattutto per l'uso frequente che ne fanno i giuristi di tale Comitato nell'elaborazione dei progetti che daranno luogo alle Convenzioni di Ginevra del 1949. (G. TASSINARI, *Atlante delle Guerre 1946-2004*, Milano, 2004, 155). Tra essi meritano una menzione particolare *Jean Pictet* e *Henri Coursier*. Secondo *Pictet* il «diritto internazionale umanitario, in senso ampio, è costituito dall'insieme delle disposizioni giuridiche internazionali, convenzionali o consuetudinarie, che assicurano il rispetto della persona umana e il suo benessere» (v., J. S. PICTET, *Le droit international humanitaire: definition*, in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Parigi, 1986, 13 ss). *Coursier* definisce il diritto umanitario «l'insieme delle regole e dei principi posti a salvaguardia in tutti i tempi e in tutte le circostanze dei diritti essenziali e della dignità della persona umana». H. COURSIER, *Définition du droit humanitaire*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1955, 23 ss.

¹¹⁰ Per un approfondimento, v., E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, in A. BERNARDI, M. DONINI, V. MILITELLO, M. PAPA, S. SEMINARA (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, II ed., Milano, 2010, 6 ss.

¹¹¹ Sebbene già presente nel diritto dell'Aja, la pratica della tortura è espressamente interdetta dalle quattro Convenzioni di Ginevra. Sulla riconducibilità del divieto di tortura alle Convenzioni dell'Aja stipulate in occasione delle due conferenze del 29 luglio 1899 e del 18

Il divieto di tortura è più volte espressamente richiamato nei documenti ginevrini. Innanzitutto se ne occupa l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni, il quale vieta esplicitamente la tortura nei confronti di chi non partecipi attivamente alle ostilità¹¹².

Sono presenti, inoltre, ulteriori disposizioni tese a proibire la tortura con riguardo a specifiche categorie di individui.

La I e la II Convenzione sono dedicate rispettivamente ai feriti ed ai malati delle forze armate in Campagna ed ai feriti, ai malati ed ai naufraghi delle forze armate sul mare e prevedono entrambe, all'art. 12, par. 2, il divieto di tortura e di sperimentazioni biologiche. La III Convenzione, relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, prevede il divieto di tortura nell'art. 17, par. 4 al fine di ottenere informazioni dai prigionieri¹¹³ e nell'art. 87, par 3, che vieta le pene collettive per atti individuali, come pure qualsiasi pena corporale, qualsiasi incarcerazione in locali privi di luce naturale e, in via generale, qualsiasi forma di tortura e di crudeltà. La IV Convenzione di Ginevra, relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, pone un divieto di tortura nell'art. 32, proibendo qualsiasi misura atta a cagionare sia sofferenze fisiche, sia lo sterminio delle persone protette in loro potere¹¹⁴.

La violazione del divieto in esame commessa in pendenza di un conflitto internazionale da un individuo di una parte belligerante nei confronti delle

ottobre del 1907, cfr., C. BASSIOUNI, *Introduzione degli Atti della Conferenza di Roma per l'Istituzione del Tribunale Penale Internazionale Permanente nel 1998*, 20/21 novembre 1998, 413.

¹¹² L'Articolo 3 comune alle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 formula un espresso divieto di «violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi» nonché di «oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti [...]».

¹¹³ Articolo 17, par. 4 della III Convenzione di Ginevra: «Nessuna tortura fisica e morale né coercizione alcuna potrà essere esercitata sui prigionieri di guerra per ottenere da essi informazioni di qualsiasi natura. I prigionieri che rifiuteranno di rispondere non potranno essere né minacciati, né insultati, né esposti a molestie o a svantaggi di qualsiasi specie».

¹¹⁴ Articolo 32 della IV Convenzione di Ginevra del 1949: «Le Alte Parti contraenti considerano esplicitamente come proibita qualsiasi misura atta a cagionare sia sofferenze fisiche, sia lo sterminio delle persone protette in loro potere. Questo divieto concerne non solo l'assassinio, la tortura, le pene corporali, le mutilazioni e gli esperimenti medici o scientifici non richiesti dalla cura medica di una persona protetta, ma anche qualsiasi altra brutalità, sia essa compiuta da agenti civili o da agenti militari».

persone protette dalle quattro Convenzioni, rientra tra le *grave braches*¹¹⁵, ossia le gravi infrazioni del diritto di Ginevra, ciò in base a quanto stabilito dagli artt. 50 della I Convenzione, 51 della II Convenzione, 130 della III e 147 della IV. E' interessante sottolineare come, in tutti gli articoli immediatamente precedenti a quelli citati, nell'art. 49 della prima, nell'art. 50 della seconda, nell'art. 129 della terza e nell'art. 146 della quarta Convenzione sia contenuto l'impegno degli Stati contraenti a mettere in atto ogni misura legislativa necessaria a comminare sanzioni penali effettive per le persone che commettono od ordinano una delle gravi violazioni descritte negli articoli successivi introducendo, così, per gli Stati contraenti veri e propri obblighi di incriminazione¹¹⁶.

Con il trascorrere del tempo ci si rese conto che le norme poste con le quattro Convenzioni non fossero sufficienti. Si ricordi che, dopo il 1949, scoppiarono numerosi conflitti, molti dei quali interni ed alcuni dei quali andarono, poi, internazionalizzandosi. Ecco, quindi, che venne convocata a Ginevra una Conferenza Internazionale la quale si riunì in varie sessioni tra il 1974 ed il 1977 e che l'8 giugno 1977 giunse alla firma di due Protocolli Aggiuntivi alle quattro Convenzioni, il primo relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, il quale sancisce all'art. 75, par. 2 lett a), ii), che le torture di ogni tipo, sia fisiche che mentali contro le persone che sono in potere di una parte in conflitto e che non beneficiano di un trattamento più favorevole in virtù delle Convenzioni (di Ginevra) sono e resteranno proibite in ogni tempo e luogo, siano esse commesse da agenti civili o militari. Il secondo avente ad oggetto la protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali¹¹⁷, che disciplina il divieto all'art. 4, par. 2 lett. a) (rubricato «*Garanzie fondamentali*»).

¹¹⁵ V., GREPPI, *op. cit.*, 228-229; J. A. GUTTERIDGE, *The geneva Conventions of 1949*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, 46, 294.

¹¹⁶ E. AMATI, *I crimini di guerra*, in E. ARMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 437 ss; E. SCAROINA, *op. cit.*, 59.

¹¹⁷ La sottoscrizione e la ratifica di questi due Protocolli ha incontrato forti opposizioni, specie fra le grandi potenze e le potenze regionali europee. Le norme ivi contenute non hanno, per il

In conclusione, il 1949 ha visto l’emanazione di un sistema di Convenzioni che si preoccupa del fenomeno della tortura e dei maltrattamenti in modo molto approfondito e dettagliato, dimostrando una accresciuta sensibilità della comunità internazionale sul tema, almeno con riferimento alle situazioni di emergenza bellica.

Il richiamo agli obblighi di incriminazione sebbene relativi unicamente alla tortura nell’ambito di un conflitto internazionale contro le persone protette dal diritto di Ginevra «*hanno rappresentato un’anticipazione ed un modello per le previsioni inserite cinquant’anni dopo nella Convenzione del 1984, più estensivamente riferite al crimine come definito nell’art. 1 CAT*»¹¹⁸.

2.3. Il crimine di tortura nel diritto penale internazionale: a) la tortura come crimine di guerra; b) la tortura come crimine contro l’umanità

Gli strumenti analizzati si sono posti il precipuo fine di controllare l’applicazione dei trattati internazionali e di garantire il rispetto dei diritti umani da parte degli Stati sovrani, non prendendo in considerazione le responsabilità dei singoli individui che si erano resi personalmente autori, istigatori o complici delle violazioni¹¹⁹.

E’ a seguito del Secondo Conflitto mondiale che furono istituiti il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e il Tribunale Militare Internazionale per l’Estremo Oriente, con sede a Tokyo, competenti a giudicare dei gravi crimini commessi da singole persone durante il conflitto mondiale. Si deve a questi Tribunali, che hanno per la prima volta affermato la responsabilità penale personale degli individui davanti alla comunità internazionale, l’avvio per la formazione del c.d. diritto penale internazionale, ispirando la creazione del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia¹²⁰ ed il Tribunale

momento, assunto valenza di diritto internazionale consuetudinario. Ai due Protocolli del 1977 ha fatto seguito un terzo Protocollo relativo all’adozione di un emblema distintivo aggiuntivo dell’ 8 dicembre 2005.

¹¹⁸ C. D. LEOTTA, *voce Tortura (reato di)*, cit., 871.

¹¹⁹ C. ZANGHÌ, *op. cit.*, 64.

¹²⁰ Il Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia è stato istituito con Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 827 del 25 maggio 1993. Il Tribunale ha

penale internazionale per il Ruanda¹²¹, ai quali ha fatto seguito la Corte penale internazionale¹²².

Con riguardo, quindi, alla sfera penale internazionale, la pratica di tortura non assurge a reato a sé stante, potendo lo stesso costituire un crimine di guerra ovvero un crimine contro l'umanità¹²³.

Tale area del diritto sovranazionale nasce per occuparsi tendenzialmente di attività criminose commesse in modo massivo, differenziandosi, sotto questa visuale, dai trattati sui diritti umani, i quali trovano applicazione in relazione ad atti di tortura non sistematici.

Per quanto concerne la classificazione della tortura quale crimine di guerra, occorre richiamare gli artt. 8 dello Statuto di Roma^{124 125}, 2 dello Statuto del

competenza in merito alle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario integranti crimini di guerra, genocidio e crimini contro l'umanità, commesse nel territorio della *ex* Jugoslavia a partire dal 1991, nel corso dei conflitti in Croazia (1991-1995), Bosnia-Erzegovina (1992-1995), Kosovo (1998-1999) e Macedonia (2001). Per un approfondimento v., E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 9 ss.

¹²¹ Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda è stato istituito con Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 955 dell'8 novembre 1994, il quale è competente in relazione ai fatti di genocidio in danno del popolo ruandese (art. 2) e con riguardo alle violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e del II Protocollo opzionale, contemplanti anche fatti di tortura. Per un approfondimento v., E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA (a cura di), *op. cit.*, 9 ss.

¹²² F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., 10.

¹²³ Per quanto non contemplata all'art. 6 dello Statuto di Roma che si riferisce al genocidio, la tortura ben «può diventare condotta consumativa anche del «crime of crimes», a condizione che integri un cosiddetto «genocidial act» accompagnato, sul piano soggettivo, dalla finalità di distruzione («intent to destroy») di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso». C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (reato di)*, cit., 872.

¹²⁴ Lo Statuto di Roma è stato stipulato il 17 luglio 1998 ed è entrato in vigore il 01 luglio 2002 e ratificato dall'Italia con la L. n. 232 del 1999. Per un approfondimento, si veda, G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in onore di G. Pisapia*, Vol. I, Milano, 2002, 534 ss. V., altresì, E. AMATI, M. COSTI, A. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA (a cura di), *op. cit.*, 18 ss; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2014, 35-36.

¹²⁵ L'art. 8 par. 2, lett. a), ii) dello Statuto di Roma la tortura sanziona un *war crime*, da intendersi quale «*infrazione grave*» delle Convenzioni di Ginevra, commessa nei confronti delle persone protette; l'art. 8. par. 2, lett. c), i), qualifica la tortura quale «*seria violazione*» dell'art. 3 (che, come si è analizzato nel precedente paragrafo, risulta comune a tutte le Convenzioni ginevrine), in caso di conflitto armato non internazionale, commessa nei confronti di persone che non prendono parte attiva alle ostilità, compresi i membri delle Forze Armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa.

Tribunale per la *ex* Jugoslavia¹²⁶ e 4 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda¹²⁷, i quali prevedono i c.d. *war crimes*, caratterizzati per il fatto di recare grave offesa o mettere gravemente in pericolo persone o cose protette dal diritto internazionale umanitario¹²⁸. L'art. 8 dello Statuto di Roma suddivide in quattro gruppi i crimini di guerra: a) le gravi infrazioni delle Convenzioni del 1949 (par. 2, lett. a)); le altre violazioni serie delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati internazionali (par. 2, lett. b)); le violazioni serie dell'art. 3 comune alle Convenzioni ginevrine nel caso di conflitto armato non internazionale (par. 2, lett. c)); le altre violazioni serie delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati non internazionali, nell'ambito di un quadro consolidato del diritto internazionale (par. 2, lett. e)). Quanto sopra enunciato, però, non individua una definizione di tortura. A fornire un ausilio in relazione alla corretta interpretazione degli articoli dello Statuto, tra cui quello in esame, sono gli Elementi Costitutivi del Crimine (*"Element of Crimes"*), previsti dall'art. 9 dello Statuto stesso e contemplati all'art. 21, nell'elencazione del diritto applicabile dalla Corte. Questo *corpus*

¹²⁶ L'art. 2 par. 1, lett b) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia punisce la tortura come infrazione grave delle Convenzioni di Ginevra, commessa nei confronti di persone protette nel corso di un conflitto internazionale: «*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: [...] (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments [...]*».

¹²⁷ L'art. 4, par. 1 lett. a) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda reprime la tortura come crimine di guerra in quanto violazione seria dell'art. 3 comune a tutte le Convenzioni ginevrine, commessa nel corso di un conflitto non internazionale: «*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to: (a) Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment [...]*».

¹²⁸ I crimini di guerra sono crimini commessi durante un conflitto armato. Quest'ultimo anche se non viene definito nello Statuto di Roma, secondo la Corte va inteso come «*a resort to armed force between States or protracted violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State*». Corte penale internazionale, *Prosecutor c. Lubanga*, sentenza 14 marzo 2012, ICC-01/04-01/06, par. 533. Per quanto riguarda la natura del conflitto armato, la Corte è chiara: «*war crimes arise either in the context of international armed conflict (article 8(2) (a) and (b) of the Statute) or an armed conflict not of an international character (article 8(2) (c) and (e) of the Statute) [...]*». Corte penale internazionale, *Prosecutor v. Bemba*, sentenza 15 giugno 2009, ICC-01/05-01/08-424, par. 216.

normativo, fonte primaria per la Corte, ma subordinata allo Statuto e non vincolante, consiste in una serie di specificazioni delle singole fattispecie criminoso complesse elencate agli art. 6, 7, 8, 8-bis dello Statuto, strutturate nella descrizione della condotta, dell'evento ("*consequences*"), delle circostanze e dell'elemento soggettivo, nei casi in cui quest'ultimo sia differente od ulteriore rispetto a quanto previsto in via generale dall'art. 30 dello Statuto ("*intention e connaissance*")¹²⁹.

Nelle situazioni in cui la tortura costituisca *grave braches* ai sensi dell'art. 8, par. 2 lett a), ii), sia in quello in cui determini *serious violations* dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra ai sensi dell'art. 8, par. 2 lett. c), i), convergono i requisiti indicati negli *Elements of Crimes*^{130 131}, con lievi divergenze in riferimento allo *status* della vittima e alla consumazione dell'illecito, specificate ai nn. 3 e 5. In particolare, il n.1 prevede che siano inflitti dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, su una o più persone; lo scopo del soggetto agente è quello di ottenere una informazione o una confessione, imporre una punizione, un'intimidazione o una coercizione o, ancora, agire con una finalità

¹²⁹ Il *Corpus* degli Elementi Costitutivi del Crimine è stato adottato nell'ambito della Prima Sessione dell'Assemblea degli Stati Parte, tenutasi a New York dal 3 al 10 settembre 2002. Successivamente, in occasione della Prima Conferenza di Revisione dello Statuto tenutasi a Kampala dal 31 maggio al 11 giugno 2010, è stata adottata una seconda versione degli Elementi Costitutivi del Crimine in ragione dell'introduzione del crimine di aggressione nella giurisdizione della Corte Penale Internazionale.

¹³⁰ Articolo 8, par. 2, lett. a), ii) degli *Elements of crimes (War crime of torture)* : «1. *The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons.* 2. *The perpetrator inflicted the pain or suffering for such purposes as: obtaining information or a confession, punishment, intimidation or coercion or for any reason based on discrimination of any kind.* 3. *Such person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949.* 4. *The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status.* 5. *The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict.* 6. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict*».

¹³¹ Articolo 8, par. 2, lett. c), i) degli *Elements of crimes (War crime of torture)*: «1. *The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons.* 2. *The perpetrator inflicted the pain or suffering for such purposes as: obtaining information or a confession, punishment, intimidation or coercion or for any reason based on discrimination of any kind.* 3. *Such person or persons were either hors de combat, or were civilians, medical personnel or religious personnel taking no active part in the hostilities.* 4. *The perpetrator was aware of the factual circumstances that established this status.* 5. *The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character.* 6. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict*».

discriminatoria di ogni tipo (n.2). Con specifico riferimento al n. 3, laddove in caso di gravi violazioni si precisa che le vittime godano dello *status* di persona protetta secondo le Convenzioni del 1949, nel caso in cui la tortura, intesa come *war crimes*, sia commessa mediante *serious violation*, la vittima è una persona fuori combattimento, civile, o appartenente al personale sanitario o religioso che non prende parte attiva al conflitto. Con riferimento al n. 4 il soggetto agente è consapevole che la vittima sia persona protetta dalle Convenzioni di Ginevra nel caso dell'art. 8, par.2 lett. a) e persona fuori combattimento o civile, personale sanitario o religioso che non prende parte attiva al conflitto nel caso previsto dall'art. 8, par. 2 lett. c). Un altro aspetto di divergenza è rappresentato dal punto 5 degli *Elements*. Come anticipato, muta il contesto della consumazione dell'illecito in quanto, nel caso delle gravi violazioni, la condotta è correlata ad un conflitto armato internazionale, nel caso delle violazioni serie, il conflitto è non internazionale. Infine, ritorna convergenza in merito alla circostanza che il soggetto agente sia a conoscenza delle circostanze di fatto che determinano l'esistenza di un conflitto armato (n. 6).

Qualora sia commessa nel contesto di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile, la tortura assume la qualifica di crimine contro l'umanità. Le norme di riferimento sono rappresentate dall'art. 7, par. 1 lett. f) dello Statuto di Roma¹³², dall'art. 3, lett. f) dello Statuto del Tribunale per il Ruanda¹³³, dall'art. 5, lett. f) dello Statuto del Tribunale per la *ex* Jugoslavia¹³⁴.

¹³² Articolo 7, par. 1 lett. f) (*Crimes Against Humanity*) dello Statuto della Corte penale internazionale: «For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: [...] (f) Torture [...]».

¹³³ Articolo 3, lett. f) (*Crimes against Humanity*) dello Statuto del Tribunale internazionale penale per il Ruanda: «The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: f) Torture [...]».

¹³⁴ Articolo 5, lett. f) (*Crimes against Humanity*) dello Statuto penale internazionale: «The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (f) torture [...]».

L'art. 7, par. 2 lett. e) fornisce una definizione del termine tortura non perfettamente coincidente¹³⁵ con quanto sancito all'art. 1 CAT: «*per tortura s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati*»¹³⁶.

Si evince una coincidenza tra l'art. 1 della Convenzione Onu e l'art. 7 sopra citato con riguardo all'inflizione di un grave dolore fisico o psichico¹³⁷ e l'intenzionalità della condotta oltre all'elemento negativo consistente nell'esclusione dal concetto di tortura di quelle sofferenze derivanti solamente, inerenti o incidentalmente occasionate da sanzioni legittime.

Con riguardo agli altri requisiti previsti nella norma *de qua* si assiste ad un distanziamento rispetto alla definizione convenzionale del crimine.

Non solo non viene data rilevanza alla qualifica del soggetto agente¹³⁸, risultando tale definizione imperniata sulla vittima che si trovi in stato di

¹³⁵ Per una approfondita analisi delle differenze tra la definizione di tortura accolta nello Statuto di Roma e quella sancita dalla CAT, v., D. ROBINSON, "Article 7 (1) (f) - Crime Against Humanity of Torture", in S. R. LEE (a cura di), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, 90 ss.

¹³⁶ K. CH. HALL, *Article 7 Crimes Against Humanity*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Court, Observers' Notes, Article-by-Article*, Portland, 2008, 205-206, 251-255; A. ZAHAR, *Torture*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, 537-538.

¹³⁷ Resta da capire se la giurisprudenza della Corte penale internazionale stabilisca una gerarchia tra le diverse forme di sofferenza. Gli *Elements of crime* nulla aggiungono in merito. La stessa Corte penale internazionale, nel caso *Bemba*, non ha fornito alcuna definizione delle "severe pain" che è stata interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: «*although there is no definition of the severity threshold as a legal requirement of the crime of torture, it is constantly accepted in applicable treaties and jurisprudence that an important degree of pain and suffering has to be reached in order for a criminal act to amount to an act of torture*». Corte penale internazionale, 15 giugno 2009, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05/2009, par. 195.

¹³⁸ A. CASSESE, *Crimes against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the international Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002, 374. A. W. SCHABAS, *op. cit.*, 166-169. Ciò spiega la circostanza che, in molte vicende di sistematiche violazioni dei diritti umani in contesti di guerra civile, gli autori di tali crimini siano para-militari e non siano formalmente funzionari dello Stato. Si è voluto evitare che le persone incriminate potessero difendersi sostenendo di essere meramente dei privati cittadini. P. GONNELLA, *op. cit.*, 29

«*custodia o controllo*» rispetto al “*torturatore*”^{139 140}, ma prescinde, altresì, dall’elencazione di specifiche finalità. Nel caso *Bemba* la Corte penale internazionale, nel definire la tortura, ha affermato che l’elemento soggettivo dell’intenzionalità è di per sé sufficiente a configurare il crimine, non necessitandosi dell’ulteriore requisito dello scopo specifico^{141 142}.

Il più ampio ambito operativo di tale definizione di tortura rispetto a quello sancito nella Convenzione ONU è giustificato dal peculiare scenario («*esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili*» e la consapevolezza nel soggetto agente di questa aggressione) in cui tale forma di tortura può venire in considerazione¹⁴³.

Per quanto concerne gli Statuti dei tribunali *ad hoc*, l’art. 3 dello Statuto del Tribunale penale internazionale¹⁴⁴ del Ruanda e l’art. 5 dello Statuto del Tribunale *ad hoc* dell’ex Jugoslavia¹⁴⁵ non forniscono una definizione

¹³⁹Secondo Rodley il requisito *de quo* implicherebbe un ruolo in qualche modo ufficiale del soggetto agente e, conseguentemente, di fini analoghi a quelli presi di mira dall’apparato statale, ciò al fine di riportare ad una conformità alla Convenzione Onu ed alle pronunce degli altri tribunali penali internazionali. N. RODELY, *The Definition of Torture in International Law*, cit., 25-26. Sull’esclusione dall’ambito di applicazione del reato di condotte poste in essere da privati per fini puramente personali, v., W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, II ed., Oxford, 2010, 182.

¹⁴⁰ L’assenza del riferimento, nell’art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, ad una responsabilità penale nel caso di compimento di atti di tortura derivante da una condotta istigativa o dal consenso del pubblico ufficiale viene colmato dall’art. 25, par. 3 lett. b) in tema di partecipazione criminosa e dall’art. 28 dello Statuto, in tema di responsabilità del superiore gerarchico, ritenendosi pertanto responsabile ai sensi del predetto Statuto, conformemente a quanto sancito dall’art. 1 CAT, colui che istighi l’autore materiale o colui che, in qualità di soggetto dotato di potere/dovere impeditivo, acconsenta che gli altri commettano il crimine.

¹⁴¹ Corte penale internazionale, 15 giugno 2009, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05/2009, par. 195.

¹⁴² Una simile previsione si dissocia nettamente dalla definizione contenuta nell’art. 1 CAT, ma è del tutto conforme agli *Elements of crimes* che escludono dalla definizione di tortura l’elemento dello scopo specifico.

¹⁴³ E. SCAROINA, *op. cit.*, 64. L’A. sottolinea come la definizione del termine fornita dallo Statuto di Roma debba «essere letta alla luce delle specifiche finalità – quelle di repressione dei crimini più gravi, motivo di allarme per l’intera comunità internazionale – in cui essa è destinata a trovare applicazione».

¹⁴⁴ L’art. 3 dello Statuto del TPI prevede che il contesto per la commissione dei crimini contro l’umanità sia l’atto esteso o sistematico ad una popolazione civile, per motivi nazionali, politici, etnici, razziali o religiosi, ragioni queste del tutto assenti con riguardo all’art. 7 par. 1 dello Statuto di Roma.

¹⁴⁵ L’art. 5 dello Statuto del TPJ, differenziandosi dall’art. 3 dello Statuto del TPI e dall’art. 7 dello Statuto di Roma, richiede che le condotte consumative siano perpetrate nel corso di un conflitto armato, di carattere internazionale o interno e siano dirette contro una qualsiasi popolazione civile.

legislativa del termine tortura, dato che essi si limitano unicamente ad elencare i reati sui quali è attribuita la giurisdizione di questi organi. Fino, quindi, all'adozione dello Statuto di Roma, in cui si sono delineate per la prima volta a livello pattizio le coordinate della fattispecie oggetto di attenzione, sono stati i Tribunali penali internazionali *ad hoc* e, specialmente, quello per l'ex Jugoslavia, ad occuparsi, a livello giurisprudenziale¹⁴⁶, dei profili penali di tale figura.

In particolare, nel caso *Akayesu*¹⁴⁷, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, nell'individuare gli elementi costitutivi della tortura, aveva adottato alla lettera la definizione sancita dalla Convenzione ONU, ravvisando nella fattispecie un reato proprio. E' a partire dalla pronuncia nel caso *Kunarac* che si elimina la condizione che il reato debba essere commesso da un pubblico agente, trasformandolo in reato comune.¹⁴⁸ Emergerebbe, quindi, la preoccupazione che la sussistenza di un reato proprio possa determinare l'aumento del rischio di una eccessiva limitazione del crimine.

Nonostante nella realtà dei fatti emerga frequentemente un coinvolgimento degli apparati statali, ciò non trova riscontro nel dato normativo, prescindendo i

¹⁴⁶ Per una analisi, v., C. BURCHARD, *Torture on the Jurisprudence of the Ad Hoc tribunals: A critical assessment*, in *Journal of Criminal Justice*, vol. 6, 2008, 159 ss; W. A. SCHABAS, *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2006, 349 ss; J. D. VAN DER VYVER, *Torture as a crime under International Law*, in *Albany law Review*, vol. 67, 2003, 427 ss; R. KOLB, *La jurisprudence internationale*, cit., 271 ss; J. M. WAUTERS, *Torture and Related crimes – A Discussion of the Crimes Before the TPJ*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, 1998, 155 ss; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., 81 ss.

¹⁴⁷ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, 2 settembre 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, TC, 2/09/2001, par. 681. V., altresì, il successivo caso, Tribunale penale internazionale per il Ruanda, *Prosecutor v. Musema*, sentenza 27 gennaio 2000, ICTR-96-13-A, par. 285.

¹⁴⁸ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 22 febbraio 2001, *Prosecutor v. Kunarac*, TC, 22/02/2001, par. 479; 482. In senso analogo, v. alcune pronunce successive, Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 02 novembre 2001, *Prosecutor v. Kvočka*, TC 2/11/2001, par. 139, 141; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, 30 novembre 2005, *Prosecutor v. Limaj*, 240; Tribunale penale per il Ruanda, 20 maggio 2005, *Prosecutor v. Semanza*, AC 20/05/2005, par. 248. Su questa evoluzione, v., J. MARSHALL, *Torture Committed by Non- State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, 171 ss; S. SIVAKUMARAN, *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, 541 ss; F. DE VITTOR, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 427 ss.

crimini internazionali dalla qualifica pubblicistica del reo, richiedendo spesso la presenza di un contesto di una «violenza organizzata su larga scala»¹⁴⁹. A titolo esemplificativo, si pensi ai crimini contro l'umanità realizzatisi in attuazione di un disegno criminoso concepito, ad esempio, da un'organizzazione privata¹⁵⁰.

Con specifico riferimento alla condotta, essa può essere sia attiva che omissiva¹⁵¹ e non è necessario che dia luogo ad una lesione permanente, né che sfoci in un danno fisico, essendo sufficiente anche un pregiudizio alla salute mentale, non essendo richiesta alcuna prova visibile degli atti subiti¹⁵².

Particolarmente dibattuta è la tematica concernente la soglia di gravità che la sofferenza nei confronti del soggetto passivo deve raggiungere al fine di integrare la fattispecie di tortura¹⁵³. In maniera più specifica si deve sottolineare come i Tribunali *ad hoc*, in particolare quello dell'ex Jugoslavia, abbiano affermato che il livello minimo di gravità volto ad integrare il crimine di tortura di cui all'art. 5 dello Statuto sia il risultato della verifica caso per caso di una serie di requisiti oggettivi (natura, scopo, durata e sistematicità

¹⁴⁹ P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 139. Nello stesso senso, G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2014, 35-36; 170.

¹⁵⁰R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, III ed., Cambridge, 2014, 240; *contra*, C. KRESS, *On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 855 ss. La giurisprudenza prevalente sposa una concezione sostanzialistica di «organizzazione» che non ne richiede caratteri para-statali; per un'efficace sintesi delle varie posizioni e per i necessari riferimenti, v. E. AMATI, E. MACULAN, *Crimini contro l'umanità*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, III ed., Torino, 2016, 366-370.

¹⁵¹ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 01 settembre 2004, *Prosecutor v. Brđanin*, par. 481, punto 1; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 16 novembre 1998, *Prosecutor v. Delalic*, par. 468.

¹⁵²Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Limaj*, cit., par. 236; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Brđanin*, cit., par. 484. V. altresì, Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac*, cit., par. 150; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 2 novembre 2001, *Prosecutor v. Kvocka*, par. 148.

¹⁵³L'espressione «gravi dolori o sofferenze» indica che solo atti di una rilevante gravità possano essere considerati tortura. Sotto questo profilo nel caso *Krnojelac* il Tribunale ha affermato che le violenze che non raggiungono il livello di gravità previsto per gli atti di tortura sono da considerarsi idonee a configurare altri crimini minori. Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 15 marzo 2002, *Prosecutor c. Krnojelac*, par. 181.

degli atti) e soggettivi (caratteristiche fisiche e mentali della vittima, tra le quali rientrano il sesso, la sua età, provenienza socio-culturale e lo stato di salute) che attengano alla qualità delle vittima¹⁵⁴.

Non ritenendo possibile stilare una lista di pratiche vietate¹⁵⁵, poiché ciò fungerebbe «*da pungolo per la fervida (e perversa) fantasia dei torturatori*»¹⁵⁶, la giurisprudenza ha ritenuto preferibile rifugiarsi nella valutazione caso per caso¹⁵⁷. Solo alcune forme di aggressione sono state considerate in sé di gravità tale da raggiungere la soglia della tortura. Si tratta di una sorta di presunzione con specifico riguardo alla violenza sessuale ed alle mutilazioni¹⁵⁸, in relazione alle quali non dovrà essere provato da parte della procura il raggiungimento del livello minimo di intensità del dolore.

Altro elemento centrale oggetto di interesse delle pronunce dei Tribunali penali *ad hoc* concerne l'elemento finalistico del reato di tortura quale crimine contro l'umanità, la cui assenza determina la configurabilità di altre fattispecie minori¹⁵⁹, ma non solo. Secondo un indirizzo del Tribunale per l'ex Jugoslavia, alle finalità espressamente elencate dalla Convenzione ONU, se ne affiancherebbe una ulteriore, quella cioè di umiliare la vittima¹⁶⁰, di cui parte

¹⁵⁴Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Brđanin*, cit., par. 484; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Delalic*, cit., par. 469; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac*, cit., par. 503; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kvocka*, cit., par. 143; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Limaj*, cit., par. 237.

¹⁵¹Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Delalic*, cit., par. 469: «*a juridical definition cannot depend upon a catalogue of horrific practices; for it to do so would simply provide a challenge to the ingenuity of the torturers, not a viable legal prohibition*».

¹⁵⁶ P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 213.

¹⁵⁷Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, 3 maggio 2006, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, par. 299; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Martić*, 12 giugno 2007, par. 76; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, 3 maggio 2006, *Prosecutor v. Naletilić*, par. 299.

¹⁵⁸Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Kunarac*, cit., parr. 150-151; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Kvocka*, cit., par. 144.

¹⁵⁹ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kronojelak*, cit., par. 180. R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *op. cit.*, 250.

¹⁶⁰ Tribunale penale per la ex Jugoslavia, *Furundžija*, TJ, 10 dicembre 1998, par. 162, che giustifica l'estensione tramite il riferimento alla «*generale ispirazione del diritto internazionale umanitario, il cui scopo primario è quello di salvaguardare la dignità umana*». Più prudente, Tribunale penale per la ex Jugoslavia, 15 marzo 2002, *Kronojelac*, par. 186, che nega carattere consuetudinario alla finalità di umiliare la vittima. Considera ancora aperto il

della dottrina ne sottolinea «*l'inutile pleonasm*»¹⁶¹. Inoltre, il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia ha considerato che la previsione «*for such purposes*» contenuta nell'art. 1 CAT indichi che le varie finalità costituiscano un elenco meramente esemplificativo e non tassativo¹⁶².

Così come nella definizione della tortura di cui all'art. 1 CAT, nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* è richiesto che negli atti di tortura, quale crimine contro l'umanità, vi sia l'intenzione dell'autore di infliggere gravi dolori o sofferenze. Con riguardo a questo aspetto, il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia ha effettuato una distinzione tra l'intenzione ed i motivi¹⁶³, sostenendo l'irrelevanza del fatto commesso, ad esempio, per lussuria in scenari di stupro¹⁶⁴.

Infine, si recupera un ulteriore elemento di conformità con la definizione *ex* art. 1 CAT, escludendosi dalla nozione di tortura il dolore e le sofferenze derivanti da sanzioni legittime¹⁶⁵.

dibattito su questo tema, C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, 170.

¹⁶¹P. LOBBA, *Obblighi internazionali e confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 131.

¹⁶²Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Delalic*, cit., par. 470.

¹⁶³Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor c. Kunarac*, cit., par. 153.

¹⁶⁴Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac*, par., 153 “*The Appellants argue that the intention of the perpetrator was of a sexual nature, which, in Their view, is inconsistent with an intent to commit the crime of torture. In this respect, the Appeals Chamber wishes to assert the important distinction between “intent” and “motivation”. The Appeals Chamber holds that, even if the perpetrator’s motivation is entirely sexual, it does not follow that the perpetrator does not have the intent to commit an act of torture or that his conduct does not cause severe pain or suffering, whether physical or mental, since such pain or suffering is a likely and logical consequence of his conduct. In view of the definition, it is important to establish whether a perpetrator intended to act in a way which, in the normal course of events, would cause severe pain or suffering, whether physical or mental, to his victims. The Appeals Chamber concurs with the findings of the Trial Chamber that the Appellants did intend to act in such a way as to cause severe pain or suffering, whether physical or mental, to their victims, in pursuance of one of the purposes prohibited by the definition of the crime of torture, in particular the purpose of discrimination*». Viene respinta l’eccezione degli imputati che l’intento di natura sessuale fosse in contrasto con l’intenzione di commettere tortura intesa quale elemento centrale nella ricostruzione del reato. Secondo il Tribunale la motivazione sessuale dell’autore non preclude l’ipotesi che questo non abbia agito con l’intento di commettere tortura o comunque che dal suo comportamento non siano derivati dolore o sofferenze psico-fisiche forti.

¹⁶⁵ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, 27 gennaio 2000, *Prosecutor c. Musema*, ICTR-96-13-A, par., 285.

3. La repressione della tortura nell'Unione Europea

Dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani rappresentano valori oggetto di particolare attenzione da parte dell'Unione europea fin dai primi Trattati.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali e della loro tutela è stato graduale. La versione originaria del Trattato comunitario non conteneva un catalogo organico e sistematico degli stessi, fatta eccezione per la disciplina delle libertà economiche contenuta negli artt. 39 ss. TCE. La rilevanza dei poteri conferiti alle istituzioni comunitarie e la loro potenziale attitudine a produrre violazioni dei diritti dei cittadini, non solo sul piano economico, bensì anche quello dei diritti concernenti la tutela di situazioni giuridiche soggettive, hanno reso evidente la lacuna menzionata ed hanno agito quale causa prima del processo di progressiva incorporazione dei diritti fondamentali all'interno del sistema costituzionale europeo, rivelando l'inclinazione della Corte di Giustizia in tale direzione¹⁶⁶. Quest'ultima ha, così, elaborato una pluralità di diritti della persona. Si è passati dal considerare gli individui come prestatori di servizi, e,

¹⁶⁶ Possono essere individuate tre fasi in cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia risulta articolata in relazione al riconoscimento dei diritti fondamentali. Una prima fase di «*rigetto*» (fine anni Cinquanta e primi anni Sessanta del Novecento) in cui la Corte non assecondava rilevanza a tali diritti nell'ambito del diritto comunitario, in virtù del principio della prevalenza di quest'ultimo sulle norme nazionali (si vedano in merito Corte di Giustizia, 4 febbraio 1959, *Friedrich Stork et Co. v. Alta Autorità*, causa 1/58 e Corte di Giustizia, 15 luglio 1960, *Uffici di vendita del Carbone della Ruhr contro Alta Autorità*, cause 36-38 e 40/59). Una seconda fase di «*accettazione*» (fine anni Sessanta e primi anni Settanta del Novecento) in cui la Corte accoglieva l'integrazione dei diritti fondamentali nei principi generali del diritto e che la stessa era chiamata a garantire (tale fase comincia con la sentenza Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, ma è grazie alla successiva sentenza Corte di Giustizia 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide Und Futtermittel*, causa 11/70 che la Corte ne riconosce in maniera esplicita la tutela, ravvisando la propria competenza in materia di violazione dei diritti fondamentali). Con riguardo alla terza fase, che può essere definita di «*internazionalizzazione*» essa trova il momento iniziale a partire dal 1974 con il caso *Nold* (Corte di Giustizia, 14 maggio 1974, *Nold v. Commissione delle Comunità europee*, causa 4/73) e prosegue con il caso *Rutili* (Corte di Giustizia, 28 ottobre 1975, *Rutili*, causa 36/75) con il quale la Corte completa il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni, incorporando gli strumenti di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. Il riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Sul tale evoluzione v., P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Torino, 2019, 111 ss; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, *passim*.

quindi, esclusivamente nella loro dimensione economica, a veri e propri soggetti.

Nel corso degli anni si è assistito ad un ampliamento dei compiti della Comunità, ciò mettendo in evidenza la fragilità dell'ancorare la sussistenza dei diritti fondamentali ad una matrice esclusivamente giurisprudenziale. E' a partire dal Trattato di *Maastricht*, istitutivo dell'Unione europea, che si introduce un espresso riferimento a questi ultimi¹⁶⁷.

L'opera di costituzionalizzazione di tali diritti è proseguita con il Trattato di Amsterdam, il quale ha mantenuto inalterato l'art. F, n. 2 (attuale art. 6 TUE), prevedendo questa volta espressamente la competenza della Corte di Giustizia relativamente alle attività delle istituzioni suscettibili di tradursi in una violazione dei diritti fondamentali. E' con il Trattato di Amsterdam (e sue successive integrazioni) che i diritti fondamentali divengono uno dei cardini assiologici sui quali si fonda l'Unione europea e la persona umana diviene asse portante dell'impianto comunitario.

A dare risalto, visibilità e cristallizzazione ai diritti fondamentali è stata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000¹⁶⁸. Già nel suo Preambolo si legge che: «*Consapevole del suo*

¹⁶⁷ Il riferimento è all'originario art. F, comma 2 del TUE. Una critica sollevata in proposito concerneva la sottrazione di tale norma, ai sensi dell'art. L (attuale art. 46) TUE, alla sfera di competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia. Ciò nonostante la Corte ha continuato a pronunciarsi sulle violazioni dei diritti fondamentali ritenendo valida la presente esclusione unicamente in relazione ai pilastri intergovernativi.

¹⁶⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Per un approfondimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v., B. BERCUSSON, *European Labour Law and the EU Charter of fundamental Rights*, Baden-Baden, 2006, *passim*; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELLOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Corte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2011, *passim*; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. La carta dei diritti: casi e materiali*, Taranto, 2009, *passim*; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee*, Bologna, 2007, *passim*; G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, from Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011, *passim*; L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea*, Torino, 2016, *passim*; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, *passim*; S. PEERS, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004, *passim*; J. C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political*

patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello Stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione [...]. L'Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni [...]. A tal fine è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

Il primo articolo della Carta si apre sancendo l'inviolabilità della dignità umana, il suo rispetto e la sua tutela, il secondo si riferisce al diritto alla vita, sancendo il divieto della pena di morte, il terzo tutela l'integrità fisica e psichica della persona ed, infine, per quanto interessa in questa sede, di fondamentale importanza è l'art. 4 della Carta, il quale stabilisce che nessuno possa essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti. Tale norma ricalca pedissequamente l'art. 3 CEDU. La Carta testimonia il cresciuto interesse dell'Unione Europea, nata a scopi solamente economici e commerciali, nei confronti dei diritti umani. In particolare, con l'approvazione del Trattato di Lisbona¹⁶⁹, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati¹⁷⁰. Per quanto concerne l'interpretazione dei diritti, delle libertà e dei principi in essa contenuti, l'art. 6 comma 1 TUE rimanda alle disposizioni presenti nel titolo IV della stessa. Con specifico riguardo all'interpretazione dell'art. 4 della Carta,

Analysis, Cambridge, 2010, *passim*; L. S. ROSSI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, *passim*; R. TONIATTI, *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002; E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, *passim*.

¹⁶⁹ Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato ufficialmente in vigore il 01 dicembre 2009.

¹⁷⁰ Art. 6 c. 1 TUE sancisce che: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni».

ivi oggetto di attenzione, si può fare riferimento a quanto statuito dall'art. 52, comma 3. Tale disposizione prevede che *«laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi siano uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, anche se non si esclude che il diritto dell'Unione possa garantire una protezione più estesa»*¹⁷¹.

Significativa, in relazione al tema trattato, è anche la Costituzione europea del 2004¹⁷² che dedica alla dignità umana il Titolo I della Parte II, enunciando il divieto di tortura in termini analoghi a quelli dell'art. 3 CEDU e della Carta dei diritti fondamentali: *«nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»* (art. II. 64).

Occorre menzionare nel contesto Europeo, altresì, la Direttiva 2017/541 del 15 marzo 2017 che ribadisce, al pari di molti dei documenti europei fin ora analizzati, che *«l'Unione si fonda su valori universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà, e rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali»*, nonché *«sui principi della democrazia e dello Stato di diritto, patrimonio comune degli Stati membri»*¹⁷³.

Un altro strumento atto a prevenire fatti di tortura, questa volta caratterizzato da una maggiore portata pratica, è il Regolamento europeo anti-tortura, n. 2019/125 adottato dalla Commissione europea e dal Consiglio il 16 gennaio 2019¹⁷⁴.

Il Regolamento si occupa di disciplinare, attraverso un meccanismo articolato di divieti ed autorizzazioni, il sistema delle attività di importazione ed

¹⁷¹ Per l'individuazione dei confini del divieto di tortura sancito dall'art. 4 della Carta si richiama quanto sarà analizzato nel successivo paragrafo 3.1., con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁷² La prima versione di tale Documento venne firmata a Roma il 29 ottobre 2004. V., P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008, *passim*; E. SCAROINA, *op. cit.*, 66 ed in particolare la nota n. 138.

¹⁷³ E. SCAROINA, *op. cit.*, 68. L'A. sottolinea come il medesimo concetto fosse già espresso, altresì, dalla previgente Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, sulla lotta contro al terrorismo.

¹⁷⁴ Il regolamento *de quo* ha codificato ed abrogato il Regolamento CE n. 1236/2005, adottato dal Consiglio dell'Unione europea il 27 giugno 2005.

esportazione di tutti quei prodotti che potrebbero essere utilizzati per praticare atti di tortura, trattamenti, inumani o degradanti e per la contenzione o per l'uccisione di esseri umani¹⁷⁵, lasciando agli Stati membri una certa libertà nell'individuazione del sistema sanzionatorio¹⁷⁶.

Risulta fondamentale comprendere quali siano le nozioni di tortura e di trattamenti inumani o degradanti accolte dal Regolamento *de quo*, dal momento che le autorità nazionali competenti possono negare l'autorizzazione all'esportazione qualora sussistano fondati motivi di ritenere che i beni possano essere utilizzati per il compimento di tali pratiche (art. 12). Il settimo Considerando rinvia, per la nozione di tortura, alla Risoluzione 3452 (XXX) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed alla Convenzione ONU del 1984. Come è noto, ai fini di quest'ultima normativa la partecipazione dell'organo statuale è elemento essenziale per la qualificazione di una certa condotta quale atto di tortura.

Sono presenti, però, nel Regolamento alcuni elementi che permettono di ritenere che la nozione di tortura abbia una portata più ampia rispetto alla «tortura di Stato». In *primis*, il settimo Considerando prevede, altresì, che le nozione di tortura debba essere interpretata alla luce della giurisprudenza di Strasburgo (così come anche le nozioni di altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti), dei pertinenti testi adottati dall'Unione europea e degli altri accordi internazionali conclusi dagli Stati membri¹⁷⁷.

¹⁷⁵ G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., 760; E. SCORZA, *Il divieto di commercio di strumenti utilizzabili per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti* (d.lgs. 12.1.2007 n. 11), in *Legislaz. Pen.*, fasc. 4, 2007, 679-691.

¹⁷⁶ Si veda, a tal proposito, il Considerando n. 53, secondo il quale: «Gli Stati membri dovrebbero stabilire norme relative alle sanzioni previste in caso di violazione delle disposizioni del presente regolamento e garantirne l'applicazione. Le sanzioni dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive» e l'art. 33 par. 1 (sanzioni) del Regolamento UE n. 2019/125, il quale ribadisce che le «sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

¹⁷⁷ Considerando 7 del Regolamento (UE) 2019/215: «Ai fini del presente regolamento, si ritiene opportuno applicare la definizione di tortura contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti e nella risoluzione 3452 (XXX) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Tale definizione dovrebbe essere interpretata in funzione della giurisprudenza sull'interpretazione dei termini corrispondenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nei testi pertinenti adottati dall'Unione o dai suoi Stati membri. La definizione di «altri trattamenti o pene

Inoltre, la previsione secondo la quale le autorità nazionali accertino l'esistenza di un rischio che singoli privati possano compiere atti di tortura (art. 12, par. 2)¹⁷⁸ sembra richiamare la più ampia definizione del termine tipica dei trattati a tutela dei diritti umani, secondo i quali una condotta è qualificabile come tortura indipendentemente dal fatto che sia stata posta in essere da un privato con la partecipazione diretta o indiretta di un organo dello Stato¹⁷⁹.

Dall'analisi delle normative sopra citate si evince come l'Unione europea abbia posto in essere un'attività decisiva nella repressione della tortura. Il divieto in esame è entrato a far parte dell'UE indirettamente mediante il richiamo effettuato dall'art. 6 comma 2 TUE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹⁸⁰. A proposito di quest'ultima,

crudeli, inumani o degradanti», che non figura in tale convenzione, dovrebbe essere in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il significato del termine «sanzioni legali» utilizzato nella definizione di «tortura» e in quella di «altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti» dovrebbe tener conto della politica dell'Unione sulla pena di morte».

¹⁷⁸ Articolo 12, par. 2 Regolamento UE, 2019/215 (Criteri di rilascio delle autorizzazioni di esportazione): «2. L'autorità competente non rilascia alcuna autorizzazione se vi sono fondati motivi per ritenere che le merci elencate nell'allegato III potrebbero essere utilizzate da un'autorità incaricata dell'applicazione della legge o da qualunque altra persona fisica o giuridica in un paese terzo per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, comprese pene corporali giudiziarie. L'autorità competente tiene conto: a) delle sentenze disponibili emesse da tribunali internazionali; b) dei risultati degli accertamenti compiuti dagli organi competenti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'UE, nonché delle relazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa e del relatore speciale dell'ONU sulla tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. Possono essere prese in considerazione altre informazioni pertinenti, tra cui sentenze disponibili emesse da tribunali nazionali, relazioni o altre informazioni predisposte da organizzazioni della società civile e informazioni sulle restrizioni applicate dal paese di destinazione alle esportazioni delle merci elencate negli allegati II e III».

¹⁷⁹ «Ai sensi del regolamento le autorità nazionali competenti a rilasciare le autorizzazioni dovranno non solo valutare l'esistenza di un rischio che nello Stato di destinazione i beni vengano utilizzati da funzionari pubblici (o comunque su loro istigazione, con il loro consenso o con la loro acquiescenza) per praticare torture e altri trattamenti disumani, ma anche accertare il rischio che singoli privati ne facciano il medesimo uso, indipendentemente da qualsiasi legame con gli organi dello Stato». Sul punto, anche se con riferimento al Regolamento CE n. 1236/2005, v., L. MAGI, *Il commercio di beni utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in Riv. dir. internaz., fasc. 2, 2007, 393.

¹⁸⁰ L'art. 6 comma 2 TUE sancisce che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Il terzo comma della disposizione de qua prevede che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle

non si può non sottolineare come un ruolo fondamentale nel garantire la sicurezza democratica fondata sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello Stato di diritto sia stato svolto dal Consiglio d'Europa¹⁸¹. A seguito del suo operato, invero, oltre alla CEDU è venuta alla luce la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987, volta anch'essa a diffondere il divieto di tortura in ambito sovranazionale, Convenzioni queste che saranno analizzate nei paragrafi seguenti.

3.1. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza di Strasburgo

Tra gli strumenti regionali volti alla tutela dei diritti umani ed a riconoscere il divieto di tortura si annovera un «*documento di straordinaria importanza giuridica e pietra miliare della tutela dei diritti fondamentali*»¹⁸²: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), approvata a Roma il 4 novembre 1950, la quale trova la sua fonte di ispirazione nella Dichiarazione Universale delle Nazioni Unite. La CEDU afferma, all'art. 3, che «*nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti disumani o degradanti*»¹⁸³. La norma in esame trova la sua

tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

¹⁸¹ Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale costituita il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra ed avente sede a Strasburgo che ha come scopo quello di promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la risoluzione dei problemi sociali in Europa. Sull'azione del Consiglio d'Europa, v., in particolare, A. ESPOSITO, *La giustizia penale tra patti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo e l'azione del Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa*, in *Atti dell'incontro di studio (dicembre 1978) svoltosi a Siracusa sul tema Diritto penale internazionale*, Roma, 1979, 124 ss; G. GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1979, 35 ss; F. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 633 ss.

¹⁸² E. SCAROINA, *op. cit.*, 72.

¹⁸³ Per un approfondimento della disposizione, si v., P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 63 ss; A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 64 ss; S. NEGRI, *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (artt. 2 e 3 CEDU)*, in A. DI STASI, (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, 2016, 115 ss; A. ESPOSITO, *Art. 3. Proibizione*

principale *ratio* nell'esigenza di proteggere il principio essenziale della dignità di ogni essere umano. Il divieto ha, quindi, natura assoluta ed inderogabile, non potendo subire alcuna eccezione volta a diminuirne la portata. Tale aspetto trova conferma nell'art. 15 parr. 1 e 2 CEDU, nei quali si specifica che le eventuali deroghe richieste dagli Stati contraenti «*in caso di guerra o in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*» non riguardano alcuni articoli della CEDU, fra cui rientra l'articolo 3^{184 185}.

della tortura, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 49 ss; ID., *Il diritto penale flessibile*, Torino, 2008, 220 ss.; G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della [Corte EDU] in materia di tortura*, in DUDI, 2008, 50 ss; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1801, ss; ID., *La repressione penale della tortura*, cit., spec. 21-28; P. PUSTORINO, E. FRONZA, *Commento all'art. 4*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2017, 73 ss; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., 30-80. Con riguardo al panorama internazionale, si veda, C. GRABENWARTER, *The [ECHR]: Commentary*, Monaco, 2014, 31 ss; R. C. A. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, 167 ss; A. CULLEN, *Defining Torture in International Law: a Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights*, in *California Western International Law Journal*, 34 (1), 2003, spec. pp. 35-45; D. JENKINS, *The European Legal Tradition against Torture and Implementation of Article 3 of the [ECHR]*, in *Public Law*, 2007, 15 ss; F. SUDRE, *Article 3*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (a cura di), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1999, 155 ss; M. K. ADDO, N. GRIEFF, *Does Article 3 of the [ECHR] Enshrine Absolute Rights?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 9 (3), 1998, 510 ss; P. J. DUFFY, *Article 3 of the [ECHR]*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32 (2), 1983, 316 ss.

¹⁸⁴ Su tale aspetto, v., A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo, 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, vol. 2, 2011, 221 ss; A. ESPOSITO, *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 49; T. SCOVAZZI, *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU (a cura di), *I diritti umani di fronte al Giudice internazionale*, Milano, 2009, 133 ss; L. ZAGATO, *Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura. La reazione del diritto*, in L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, vol. IV, Padova, 2010, 215 ss. L'assolutezza e l'inderogabilità del divieto è stata sostenuta dalla Corte EDU, escludendo la possibilità di effettuare dei bilanciamenti fra i valori tutelati dall'art. 3 e quelli riconosciuti in altri valori anch'essi meritevoli di tutela, quali la prevenzione di reati (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 aprile 1978, *Tyrer v. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, par. 31) e la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chahal v. Regno Unito*, 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93, par. 76 e Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italia*, ric. n. 37201/06, parr. 120-122), oltre a ritenere prive di rilevanza le motivazioni specifiche che spingono gli Stati a consentire la sottoposizione degli individui alle violazioni di cui all'art. 3 CEDU quale, ad esempio, il fine di salvare la vita di altri individui (Corte europea dei diritti dell'uomo, 01 giugno 2010, *Gafgen v. Germania*, ric. n. 22978/05, par. 107). Sull'ammissibilità di alcune deroghe astrattamente concepibili nel caso, ad esempio, di evitare il suicidio di un soggetto o la

Inoltre, il divieto contenuto in quest'ultima disposizione rappresenta uno dei valori fondamentali delle società democratiche¹⁸⁶.

La norma in questione è, forse, una delle più scarse della Convenzione, non definendo i termini di tortura, né i trattamenti inumani o degradanti.

La *ratio* di tale lacuna può ravvisarsi nei lavori preparatori della stessa¹⁸⁷, ove il rappresentante francese *Teitgen* aveva dichiarato che un elenco tassativo delle fattispecie di tortura avrebbe comportato l'esclusione di altre forme di tale crimine dall'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU¹⁸⁸.

L'individuazione dei limiti e della portata delle nozioni contenute in tale disposizione è passata dapprima attraverso l'esame della Commissione e, successivamente, tramite la copiosa giurisprudenza della Corte EDU in materia¹⁸⁹, organi¹⁹⁰ che si sono avvalsi di un ampio margine di discrezionalità con riguardo all'applicazione della norma^{191 192}.

sua evasione, v., D. HARRIS, M. O' BOYLE, *Wabrick, Law of European Convention on Human Rights*, ed. III, Oxford, 2014, 69-70.

¹⁸⁵ Si tratta di un aspetto di non poca rilevanza dal momento che, come si avrà modo di analizzare nel quarto capitolo del presente elaborato, a seguito dei più recenti fenomeni di terrorismo islamico, dall'11 settembre in poi, parte della dottrina ha ritenuto possibile ricorrere ad alcune pratiche di tortura finalizzate ad acquisire prove su tali attività criminali.

¹⁸⁶ V., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 1996, *Aksoy v. Turchia*, ric. n. 37546/08, par. 62.

¹⁸⁷ Si sofferma sulla laconicità dell'enunciato, richiamando i lavori preparatori, A. CASSESE, *Prohibition of Torture*, cit., 226-228.

¹⁸⁸ Council of Europe, *Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Memorandum Prepared by the Secretariat of the Commission DH (56), 5, 8.

¹⁸⁹ In questo senso, E. SCARONA, *op. cit.*, 76. V., altresì, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 221 ss; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 222. Sul fondamentale ruolo della Corte EDU, v., L. CONANT, *Who Files Suit? Legal Mobilization and Torture Violations in Europe*, in *Law and Policy*, 2016, 38 (4), 280 ss.

¹⁹⁰ La vera novità rivoluzionaria della Convenzione era rappresentata proprio dalla creazione di questo organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo con il compito di condannare gli Stati per le violazioni dei diritti umani sanciti dalla Convenzione stessa. Sulla lenta e graduale affermazione di questo organo a seguito del timore degli Stati di una eccessiva limitazione della loro sovranità, v., A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., 107 ss. La Corte EDU ha sostituito nel 1998 la Commissione europea dei diritti dell'uomo, il cui compito consisteva nel verificare l'attuazione della Convenzione e la cui operatività è cessata a far data dal 01 novembre 1999, in seguito al Protocollo n. 11 della Convenzione. Sul tema v., S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, *passim*.

¹⁹¹ Tale aspetto ha sollevato alcune perplessità. Sul punto, v., M. K. ADDO, *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 9 (3), 1998, 519 ss. La rinuncia della Corte di Strasburgo a ravvisare una nozione "fissa" e "stabile" di tortura e dei trattamenti inumani o degradanti comporta il

E' bene precisare, tuttavia, come la giurisprudenza di Strasburgo abbia ravvisato una «*soglia minima di gravità*», il cui superamento è necessario al fine di qualificare l'atto come contrario all'articolo 3 CEDU¹⁹³. Il superamento di detta soglia deve essere valutato necessariamente alla luce delle circostanze del caso concreto e delle condizioni specifiche della persona quali, ad esempio, l'età, il sesso, lo stato di salute, il grado di sofferenza percepito^{194 195}. Questo significa che il divieto *de quo* è il frutto di una interpretazione vivente che si adatta all'evolversi delle condizioni di vita e della modernità¹⁹⁶.

Inoltre, nelle molteplici sentenze in materia, la Corte EDU non richiede che la tortura sia commessa da un pubblico ufficiale, potendo essere perpetrata anche da un privato, nel c.d. rapporto orizzontale¹⁹⁷. E' proprio dal combinato disposto degli artt. 1, 3 e 8 della CEDU che i Giudici europei hanno ricavato l'obbligo per gli Stati di adottare misure idonee a garantire che le persone sotto la loro giurisdizione non siano assoggettate a tortura o altri trattamenti inumani

rischio della «*violazione del principio di legalità, ancorché nella peculiare accezione accolta dai giudici di Strasburgo*». V., O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2013, 160-163; E. SCAROINA, *op. cit.*, 77.

¹⁹² Con riguardo al recepimento nel nostro ordinamento delle statuizioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, v., *infra*, cap. 2, par. 13. Per una bibliografia in merito si rimanda a E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, *passim*; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013, *passim*; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007, *passim*. Sull'atteggiamento di disorientamento interpretativo con specifico riferimento alle scelte della giurisprudenza dinanzi agli stimoli provenienti dal diritto convenzionale e comunitario, E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, 2910 ss.

¹⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda v. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, par. 162; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 2015, *Bouyid v. Belgio*, ric. n. 23380/2009, par. 86; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mozer v. Repubblica di Moldova e Russia*, ric. n. 11138/10, par. 177.

¹⁹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germania*, ric. n. 54810/00, par. 67; Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2012, *El-Masri v. Ex Repubblica Yugoslava di Macedonia*, ric. n. 39630/09, par. 196; Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 2019, *X e altri v. Bulgaria*, ric. n. 22457/16, par. 82; Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2018, *Burlyk e altri v. Ucraina*, ric. n. 3289/10, par. 120.

¹⁹⁵ L'elenco delle condizioni da tenere in considerazione non ha evidentemente carattere tassativo e può essere integrato da altri elementi rappresentativi di uno stato di vulnerabilità del soggetto. Sulla nozione di vulnerabilità, v., R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi, Rivista di Ermeneutica giuridica*, 2, 2018, 35 ss.

¹⁹⁶ L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 326.

¹⁹⁷ Sul punto, A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 225 ss.

commessi non solo da agenti pubblici, ma anche da privati¹⁹⁸. In tale caso, però, è bene precisare che per poter adire la Corte EDU, anche in relazione a fatti costituenti tortura commessi da soggetti privati, deve comunque ravvisarsi un comportamento omissivo dello Stato in relazione alla prevenzione o repressione della fattispecie criminosa, tenuto conto del fatto che l'art. 3 CEDU impone obblighi sostanziali e procedurali in capo alle parti contraenti¹⁹⁹.

Il criterio della soglia minima di gravità è costantemente utilizzato dalla Corte anche per distinguere se un determinato comportamento vada configurato come tortura, trattamento inumano o degradante²⁰⁰. La linea di demarcazione tra le tre categorie di condotte enucleate dalla norma in esame è, pertanto, da individuarsi nella gravità delle sofferenze inflitte, da un lato e nella finalità che persegue il soggetto agente.

Con riguardo al primo aspetto, la Corte EDU ha ravvisato un rapporto di «continenza» e di «*progressione scalare*» tra le tre nozioni. In particolare, il livello minimo di gravità è costituito dal trattamento degradante, quando sia tale da suscitare nella vittima sentimenti di paura, angoscia, inferiorità finalizzati ad umiliarla per piegarne la volontà (vengono in rilievo, in particolare, elementi di natura emotiva). In un livello intermedio si collocano i

¹⁹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2003, *M. C. v. Bulgaria*, ric. n. 39272/98, par. 149. Sul punto v., P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 199. L'A. sottolinea come i Tribunali penali internazionali *ad hoc* abbiano fatta propria la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, ravvisando nella tortura un reato comune, «*allontanandosi dalla definizione fornita dalla CAT, cui si erano inizialmente affidati*».

¹⁹⁹ Sulla responsabilità dello Stato in relazione alla tortura commessa dal privato, cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 1998, *A. v. Regno Unito*, ric. n. 25559/94, par. 22; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 1997, *H. L. R. v. Francia*, ric. n. 24573/94, par. 40. Cfr., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2012, *M. e altri v. Italia e Bulgaria*, ric. n. 40020/03, par. 106, con nota di M. PELAZZA, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 gennaio 2013.

²⁰⁰ L'accertamento dell'intensità del dolore, come analizzato poc'anzi, avviene facendo riferimento a) alle circostanze oggettive del fatto (la durata del trattamento e la gravità dello stesso); b) alle qualità soggettive della vittima (le sue caratteristiche fisiche, tra cui il sesso, l'età e lo stato di salute). V., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 luglio 1999, *Selmouni v. France*, ric. n. 25803/94, par. 100.

trattamenti inumani, da considerarsi come tali quelli tesi a provocare nella vittima una sofferenza fisica o psichica di particolare intensità²⁰¹.

Si parla, infine, di tortura nel caso di violenza fisica o morale connotata da una particolare gravità e caratterizzata dalla finalità di ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno²⁰² (sulla falsariga di quanto richiesto *expressis verbis* dall'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura)²⁰³. Quest'ultimo requisito, presente solo con riguardo alla tortura, permette di distinguerla dal trattamento inumano o degradante, in cui risulta del tutto assente.

Per la Corte, quindi, e ancora prima per la Commissione EDU²⁰⁴, la tortura non è altro che una forma aggravata di trattamento inumano o degradante²⁰⁵.

La distinzione tra queste tre condotte, così come delineata dal diritto vivente di Strasburgo, presenta una validità solo tendenziale, posto che il confine fra trattamenti inumani e trattamenti degradanti si mostra nell'applicazione pratica

²⁰¹ Per un approfondimento, v., F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 66. Per una analisi dei *leading case* in materia, v., *infra*, cap. 3, par. 4.

²⁰² The Greek Case: *Report of the Commission: Application No. 3321/67 - Denmark v. Greece* [...], vol. 2, parte 2, 5/11/1969, *ECHR Yearbook* 12, 1969, 186 ss. Nel caso *de quo*, la Commissione EDU aveva ravvisato l'elemento finalistico dell'ottenere informazioni o punire, necessario per integrare la tortura, oltre ad evidenziare come la tortura costituisca una forma di maltrattamento più grave rispetto ai trattamenti inumani o degradanti. Sulla necessità della presenza di una particolare finalità si veda, altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 101 ss; Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2000, *Dikme v. Turkey*, ric. n. 20869/92, par. 95-96; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 maggio 2001, *Denezi and others v. Cyprus*, ric. n., 27207/95, par. 384-386.

²⁰³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 aprile 2015, *Cestaro v. Italia*, ric. n. 6884/11. Per una analisi più approfondita della pronuncia v., *infra*, cap. II, par. 4.1. Nel caso *de quo*, i giudici di Strasburgo hanno incentrato la definizione del termine su quattro elementi: il carattere gratuito del trattamento; la gravità della violenza, la finalità «punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime», l'intenzionalità della condotta. Sul tema v., E. SCAROINA, *op. cit.*, 81-82.

²⁰⁴ Commissione EDU, 05 novembre 1969, Danimarca, Norvegia, Svezia, Paesi Bassi v. Grecia, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, 186.

²⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda v. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, par. 167; Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 luglio 1999, *Selmouni v. Francia*, ric. n. 25803/94, par. 100, 105. Sull'analisi delle soglie di sofferenza elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo, v., Y. ARAI-YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21 (3), 2003, 385 ss.

alquanto incerto²⁰⁶. Sono assai frequenti le pronunce in cui la Corte utilizza l'espressione trattamento inumano e degradante quasi si trattasse di un'endiadi. Non sempre, quindi, la Corte distingue tra le diverse categorie di *ill-treatments*, limitandosi, talvolta, ad accertare genericamente la violazione dell'art. 3 Cedu, ciò anche alla luce del fatto che, in tutte e tre le ipotesi, si ravvisa comunque la violazione della medesima disposizione della CEDU, avendo tale distinzione scarsa rilevanza dal punto di vista pratico²⁰⁷.

Non vengono seguite, inoltre, linee coerenti che consentano di decifrare il rapporto tra il criterio finalistico e quello fondato sulla gravità delle sofferenze: l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo consente, piuttosto, di evidenziare un «*rapporto di proporzionalità inversa fra la gravità della condotta e lo scopo specifico perseguito dall'agente*»²⁰⁸, così che più intenso risulti essere il dolore, minor peso assume la finalità perseguita dal soggetto agente²⁰⁹.

Tali nozioni non sono immutabili, ma si evolvono nel corso del tempo in relazione ai significativi mutamenti avvenuti nell'ambito dei diritti umani, facendo quindi implicitamente riferimento all'art. 31, par. 3 lett. c) della Convenzione di Vienna del 1969, secondo il quale nell'interpretazione di un

²⁰⁶ Come è stato, però, sottolineato dalla giurisprudenza europea, ma anche a livello dottrinale, essendo l'applicazione di tale soglia di gravità «*congenitamente relativa*» ha generato una serie di pronunce che non sono ancora riuscite ad offrire risultati «*coerenti e prevedibili*». V., M. D. EVANS, *Getting to Grips with Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, spec. 372-373; Y. ARAI-YOKOI, *Grading Scale*, cit., 420; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., 1815-1817; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., 236; R. KOLB, *La giurisprudenza internazionale*, cit., 257-271; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 200; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., 41.

²⁰⁷ Sul punto v., A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 224. L'A. sottolinea come la distinzione tra tortura, trattamenti inumani e degradanti assuma rilevanza sotto un altro profilo: «*a) il diverso impatto della pronuncia di condanna sulla "reputazione" dello Stato convenuto; b) la diversa quantificazione della somma a titolo di equa riparazione ex art. 41 Cedu; c) la possibilità di utilizzare o meno le prove ottenute attraverso il ricorso alla condotta contraria all'art. 3 Cedu (categoricamente negata dalle sentenze sul caso Gäfgen per l'ipotesi di tortura e ammessa invece – in modo alquanto problematico, ad avviso di chi scrive – per quella di "meri" trattamenti inumani e degradanti)*».

²⁰⁸ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 224; ID., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1817-1818.

²⁰⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 203. Sull'irregolare utilizzo dei due criteri enucleati dalla Corte EDU, v., M. FARRELL, *Just How Ill-treated Were You?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 489.

Trattato si deve tenere conto «di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti» dell'accordo da interpretare²¹⁰.

Tale aspetto riguardante l'interpretazione evolutiva della Corte EDU è stato evidenziato nella sentenza *Selmouni v. Francia*²¹¹, con riferimento alla quale i giudici hanno precisato che «gli standard più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggior fermezza nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali nelle società democratiche»²¹² e che «certi fatti altre volte qualificati come “trattamenti inumani e degradanti” e non come “tortura” possano ricevere una qualificazione diversa in avvenire»²¹³.

²¹⁰ A. CASSESE, *Prohibition of Torture*, cit., 258-259.

²¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 luglio 1999, *Selmouni v. Francia*, ric. n. 25803/94 par. 101. Per un commento della sentenza v., R. M. AVOLA FARACI, *Prassi di polizia e tortura degli indagati: considerazioni intorno alla sentenza Selmouni della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2000, 601 ss. Arrestato per reati connessi alla droga dalla polizia giudiziaria nel novembre 1991, Ahmed Selmouni, cittadino dalla doppia nazionalità marocchina e olandese, veniva trattenuto per tre giorni a Bobigny. Il ricorrente si rivolgeva a Strasburgo lamentando maltrattamenti subiti durante il suo fermo di polizia. La Corte, nella sua pronuncia, ha affermato che era stato «chiaramente stabilito che il signor Selmouni [aveva] subito violenze ripetute e prolungate durante vari giorni di interrogatorio». La Corte ha dichiarato anche che la violenza psicologica e fisica inflittagli – come per esempio calci e pugni, pestaggi con una mazza da baseball e un manganello, minacce e sevizie sessuali, tirate di capelli e altri trattamenti umilianti – «hanno provocato dolori particolarmente gravi e crudeli».

²¹² Cfr., sul punto, J. HARRIS, M. O' BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., 70

²¹³ La tematica della definizione delle condotte vietate dall'art.3 CEDU si intreccia con quella dello *standard* probatorio richiesto dalla Corte di Strasburgo. Principio consolidato è quello secondo il quale il ricorrente che assuma di essere stato vittima di comportamenti contrari all'articolo *de quo*, sia tenuto a fornirne la prova «oltre ogni ragionevole dubbio», avendo lo Stato l'onere di contestare quanto affermato dal ricorrente. Si tratta di una posizione che, però, si è andata modificando nel corso del tempo, alleggerendo l'onere processuale a carico del ricorrente. Tale rigore viene attenuato, invero, in base all'applicazione di ulteriori criteri fondati sulla valutazione di elementi sufficientemente validi, chiari, e concordanti o di analoghe incontestabili presunzioni di fatto. E', infatti, possibile utilizzare anche prove ottenute dalla Corte *motu proprio* (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Irlanda v. Regno Unito*, cit., par. 160; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chahal v. Regno Unito*, cit., par. 97; Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh v. Paesi Bassi*, ric. n. 1948/04, cit., par. 136). Ciò si verifica in maniera particolare con riferimento a quelle controversie concernenti l'espulsione o l'extradizione di individui al fine di accertare l'esistenza del rischio di sottoposizione a tortura ovvero agli altri trattamenti inumani o degradanti nei confronti di coloro che sono stati espulsi. Basti pensare alle informazioni messe a disposizione dalle organizzazioni internazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 settembre 2009, *Abdolkhani e Karimnia v. Turchia*, ric. n. 30471/08, par. 79 ss) da organizzazioni non

Dall'art. 3 della CEDU discendono una serie di obblighi per gli Stati membri. Si tratta, da un lato, di obblighi negativi (di astensione), che impongono alle autorità statuali di astenersi dal porre in essere atti di tortura e trattamenti inumani o degradanti²¹⁴, dall'altro di obblighi positivi (di intervento)²¹⁵, ossia

governative ovvero agenzie governative, anche appartenenti a Paesi terzi (Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2007, *Ryabikin v. Russia*, ric. n. 8320/04, par. 113; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 2008, *Soldatenko v. Ucraina*, ric. n. 2440/07, par. 71). Un'inversione dell'onere della prova si ha nei casi in cui una persona sia sottoposta a custodia o controllo da parte delle Autorità nazionali. A partire dalle sentenze *Tomasi* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 agosto 1992, *Tomasi v. Francia*, ric. n. 12850/87, par. 110) e *Selmouni* (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Selmouni v. Francia*, parr. 87-88) è stata introdotta una presunzione di responsabilità dello Stato convenuto per le violazioni dirette della norma in esame, ciò a condizione che il ricorrente si trovi in stato *latu sensu* di detenzione e che, prima della privazione della libertà personale, fosse in buone condizioni di salute e che lo Stato non sia in grado di dimostrare in maniera plausibile la sua estraneità ai fatti lesivi. Inoltre, al fine di garantire una effettiva attuazione del divieto di tortura, è garantita l'inutilizzabilità delle prove acquisite mediante il ricorso alla tortura, ciò con il precipuo fine di evitare di legittimare, quantomeno dal punto di vista processuale, un tale trattamento (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2006, *Jalloh v. Germania*, ric. n. 54810/00, par. 105).

²¹⁴ A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.*, 69. Tra questi obblighi figura quello di astensione dello Stato dall'adottare provvedimenti di espulsione o estradizione nei confronti di individui che rischino, nel Paese di destinazione, di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti. In tal senso, A. GIANNELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 452. Secondo altra parte della dottrina, tale obbligo avrebbe natura positiva, consistendo in un *facere*, avente quale contenuto lo svolgimento di indagini appropriate al fine di escludere la sussistenza di un rischio reale per l'individuo (A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement*, in *Riv. dir. umani e dir. int.*, fasc. 1, 2010, 47 ss). Secondo una terza impostazione, dalla disamina della giurisprudenza di Strasburgo parrebbero essere ricavabili addirittura due divergenti obblighi in capo allo Stato che intenda intraprendere la procedura di espulsione o estradizione: un primo positivo consistente nell'esaminare un rischio effettivo per l'individuo, alla luce delle circostanze di fatto e di diritto contestuali all'esame della Corte e l'altro negativo, consistente nel non espellerlo o estradarlo in caso di accertamento di un rischio reale. In tal senso, P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, 73 ss. Con specifico riferimento ad una particolare applicazione del principio di *non-refoulement*, v., altresì, il caso *Soering c. Regno Unito* (sul punto v., cap. 3, par., 4). La giurisprudenza EDU annovera numerose pronunce nei confronti del nostro Paese con specifico riguardo al tema della espulsione. Al riguardo, V., Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 febbraio 2008, *Saadi v. Italia*, ric. n. 37201/06, in merito alla condanna dell'Italia per aver disposto nei confronti di un tunisino residente nel nostro Paese e con permesso di soggiorno, l'espulsione verso la Tunisia - poiché condannato in via definitiva, in quando ritenuto appartenente ad una organizzazione terroristica - ove aveva ragione di ritenere che sarebbe stato oggetto di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. Successivamente, in altre circostanze, l'Italia è stata portata davanti ai giudici di Strasburgo per le sue politiche di espulsione di cittadini stranieri ritenuti pericolosi verso Paesi ad alto rischio di tortura o trattamenti inumani. Si veda, per esempio, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 maggio 2009, *Sellem c. Italia*, ric. n. 12584/08, in cui si puntualizza che nessuna assicurazione ufficiale, per quanto dettagliata, da parte dello stato di destinazione (anche in questo caso si trattava della Tunisia) possa giustificare il trasferimento di un individuo in uno Stato noto (in ragione, per esempio, di rapporti di autorevoli organizzazioni per i diritti umani

veri e propri obblighi di protezione a fronte di condotte contrarie all'art. 3 CEDU, tanto nel caso in cui le stesse siano commesse da privati, quanto

quale *Amnesty International*) per le pratiche dei trattamenti inumani ai danni di individui nella posizione del richiedente (condannati in contumacia per associazione terroristica). In senso analogo, v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 2009, *Ben Khemais c. Italia*, ric. n. 246/07; Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 aprile 2011, *Toumi v. Italia*, ric. n. 25716/09. Per un commento di quest'ultima sentenza, v., A. COLELLA, *Ennesima condanna dell'Italia a Strasburgo per violazione del divieto di espulsione verso Paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 5 aprile 2011. Copiosa è, altresì, la giurisprudenza di Strasburgo con riguardo alla pratica delle *extraordinary renditions*. Con riguardo ad alcuni riferimenti bibliografici, v., *infra*, cap. 2, par. 16. Sul tema si veda anche L. FORNARI, *La pratica delle "consegne straordinarie" in altri Stati di individui sospettati di terrorismo e il ricorso alle "garanzie diplomatiche"*, in I. PAPANICOLOPU (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2009, 125 ss; con specifico riferimento alle condanne riportate dall'Italia, v., E. SCAROINA, *op. cit.*, 159-168. Come è noto la Corte di Strasburgo si è sempre pronunciata contrariamente a tali pratiche dalla stessa definite come «*un trasferimento extragiudiziale di persone da una giurisdizione all'altra o da uno Stato a un altro, affinché siano detenute o interrogate al di fuori del normale contesto legale, ove sussista un rischio reale di tortura o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti*», pratica questa utilizzata prevalentemente dagli Stati Uniti per contrastare il fenomeno terroristico emergente a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001. La Cia, invero, aveva elaborato un programma di detenzioni segrete in cui venivano deportati i presunti appartenenti a organizzazioni terroristiche (V., Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2012, *El Masri v. Macedonia*, ric. n. 39630/09, par. 211 e 221, con la quale venne condannato lo Stato macedone per violazione dell'art. 3 CEDU, avendo gli agenti statali «*attivamente facilitato il trattamento*» omettendo «*di prendere le misure preventive che sarebbero state necessarie nelle circostanze del caso concreto*». In realtà la prima condanna in materia risale alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 2010, *Iskandarov v. Russia*, ric. n. 17185/05. Per un commento, v., A. COLELLA, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 6 novembre 2010, *passim*. Per ulteriori violazioni dell'art. 3 CEDU a seguito della pratica della consegne illecite v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 luglio 2010, *Babar Ahmad v. Regno Unito*, ric. nn. 24027/07, 11949/08 e 36742/08, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1815; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 luglio 2014, *Husayn v. Polonia*, 24 ric. n. 7511/13. Con riguardo al nostro Paese, vicenda del tutto analoga a quelle precedenti è stata quella decisa dalla Corte EDU che, con sentenza del 23 febbraio 2016 (*Nasr e Ghali c. Italia* – più noto come caso *Abu Omar*) aveva condannato lo Stato italiano per aver favorito il rapimento, a Milano nel febbraio del 2003, di un cittadino egiziano, trasportato in Egitto, incarcerato in un luogo segreto e lì torturato per svariati mesi. Anche in quel caso l'*intelligence* americana aveva agito con l'attiva collaborazione dei servizi di sicurezza americani, coprendo il governo italiano l'operazione con il segreto di Stato, rendendosi così, di fatto, complice di una pratica violenta. Per alcuni riferimenti bibliografici in merito a quest'ultima pronuncia, v., *infra*, cap. 2, par. 4. Infine, l'abito più tipico degli obblighi negativi di astensione concerne i soggetti in stato di privazione della libertà. Per un approfondimento del tema, v., A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 227-229. Cfr., altresì, B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, 743 ss.

²¹⁵Sugli obblighi positivi, v., A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 222-228 e, soprattutto, A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Portland, Oregon, 2004, *passim*. F. SUDRE, *Les Obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 1995, 363 ss.

laddove la vittima delle stesse sia un soggetto “affidato” alla custodia dello Stato nelle sue varie articolazioni²¹⁶.

La violazione degli obblighi positivi può essere designata anche con la locuzione violazioni indirette. Tra queste ultime rientrano la violazione degli obblighi di natura procedurale²¹⁷ che attengono all’efficacia ed all’adeguatezza

²¹⁶ V. *infra*, cap. 2 par. 13. V., altresì, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 75 ss.

²¹⁷ La giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato una serie di obblighi procedurali che operano “a valle” della violazione. V., A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 229. Tra questi obblighi rientra quello sorto in capo alle autorità statali di svolgere un’indagine ufficiale volta ad accertare le cause e ad individuare i presunti responsabili della violazione di un diritto tutelato dalla CEDU. La prima pronuncia al riguardo ha investito l’art. 2 CEDU (si tratta della pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 settembre 1995, *McCann e altri v. Regno Unito*, ric. n. 18984/91, par. 161-163), mentre con specifico riferimento alla violazione di cui all’art. 3 si veda il caso *Aksoy* (Corte europea dei diritti dell’uomo, 26 novembre 1996, *Aksoy v. Turchia*, ric. n. 21987/93, par. 98) in cui la vittima venne sottoposta ad atti di tortura ad opera degli ufficiali di polizia nel corso degli interrogatori ed in relazione alla quale venne sancito un obbligo di svolgere una inchiesta approfondita ed effettiva nel caso della denuncia di tali atti (V., altresì, Corte europea dei diritti dell’uomo, 24 luglio 2004, *Slimani v. Francia*, ric. n. 57671/00, par. 29). E’ con il successivo caso *Assenov* (Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 ottobre 1998, *Assenov et al. v. Bulgaria*, cit., par. 102) che la Corte individua il contenuto dell’obbligo procedurale dell’art. 3 relativo allo svolgimento di una inchiesta ufficiale effettiva nel caso in cui un individuo sostenga di essere stato sottoposto ad atti di tortura imputabili ad un agente statale (per un commento della decisione, A. R. MOWBRAY, *op. cit.*, 43). Inoltre è dalla giurisprudenza di Strasburgo che si ricavano i caratteri che contraddistinguono una indagine effettiva, la quale può avere inizio a seguito di denuncia ovvero *ex officio* (v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 luglio 1998, *Ergi v. Turchia*, ric. n. 23818/94, par. 83 ss; Corte europea dei diritti dell’uomo, 30 settembre 2004, *Affare Krastanov v. Bulgaria*, ric. n. 50222/99, par. 48). Essa deve essere condotta da una autorità indipendente, ossia non influenzabile dal soggetto accusato di aver commesso un atto di tortura per subordinazione istituzionale, gerarchica o di fatto e deve essere svolta in maniera diligente, completa ed approfondita. Le indagini non devono essere affidate a soggetti del corpo di appartenenza del sospetto autore delle violazioni. Ulteriore specificazione dell’obbligo procedurale connesso all’art. 3 ha riguardato la durata dell’inchiesta svolta nei confronti dei presunti autori di tali atti. E’ con la sentenza *Tomasi* (Corte europea dei diritti dell’uomo, *Tomasi v. Francia*, cit., par., 124 ss.) che per la prima volta i Giudici di Strasburgo hanno definito irragionevole la durata delle indagini e del processo penale a carico dei presunti responsabili degli atti subiti dal ricorrente. Importante è il riferimento anche a due casi che hanno riguardato da vicino l’ordinamento italiano. Si tratta degli Affari *Labita* (Corte europea dei diritti dell’uomo, 6 aprile 2000, *Labita v. Italia*, ric. n. 26772/85, par. 133) ed *Indelicato* (Corte europea dei diritti dell’uomo, 18 ottobre 2001, *Indelicato v. Italia*, ric. n. 3442/97, par. 37), in relazione ai quali la Corte ha precisato che la celerità nello svolgimento delle attività processuali costituisce un obbligo autonomo concernente la protezione procedurale accordata dall’art. 3. Nel primo caso, in particolare, la Corte ha condannato l’Italia sostenendo che l’indagine condotta dallo Stato italiano non era stata adeguata, efficace, approfondita ed effettiva proprio per la sua eccessiva durata e per una serie di lacune nell’istruttoria (si pensi alla mancanza di sforzi da parte della Procura della Repubblica di Livorno di identificare le guardie carcerarie responsabili dei maltrattamenti subiti da alcuni detenuti nel carcere di Pianosa). Nel caso *Indelicato v. Italia* la violazione dell’art. 3 CEDU è stata ravvisata nel ritardo e nella negligenza nel condurre le indagini preliminari dal momento che l’unica attività

della reazione dello Stato dinanzi alla presenza di atti di tortura o degli altri trattamenti vietati ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Ai fini della sussistenza di una tale violazione possono venire alla luce una serie aspetti legati alle vicende della punibilità (cause estintive come la prescrizione, indulto ecc), alla mancata proporzione tra la pena inflitta e la gravità del reato ed aspetti legati a carenze riguardanti l'astratta previsione di

posta in essere per identificare i responsabili era consistita unicamente nell'esibizione delle fotografie delle guardie carcerarie. (Con riguardo ai casi in esame, v., A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era evitabile? Riflessione sulla titolarità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 226 ss; L. GRANATA, *Le garanzie in materia penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I casi italiani*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti dell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 71 ss; M. DEL TUFO, *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Critica dir.*, 2000, 457 ss) . Si aggiunga, inoltre, che la violazione procedurale dovuta ad eccessiva durata delle indagini e/o del processo si verifica anche quando il reato cade in prescrizione. Il *leading case* in cui la Corte ha ravvisato violazione procedurale ex art. 3 CEDU per intervenuta prescrizione del reato è Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 giugno 2004, *Bati et al v. Turchia*, ric. nn. 33097/96 e 57834/00 (con specifico riferimento al regime prescrizionale in relazione all'ordinamento italiano v., *infra*, cap. 2, par. 13). Molteplici sono le ricadute che la giurisprudenza europea ha avuto nel nostro ordinamento in merito alle violazioni degli obblighi procedurali. Si pensi al significativo allargamento del raggio di operatività dell'istituto della revisione a seguito della decisione della Corte costituzionale, sent. 113 del 2011, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario ai sensi dell'art. 46 comma 1 della CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Molti dei reati contestati agli imputati dalla pubblica accusa per le note vicende della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto nel corso del G8 genovese del 2001 si sono prescritti. Tale possibilità di revisione sarebbe stata particolarmente utile in relazione ad alcune fattispecie verificatisi prima dell'introduzione dell'art. 613-bis. In tutti i casi in cui non fosse stato possibile accertare le responsabilità per fatti di tortura per via del decorso del termine necessario a prescrivere, infatti, qualora la vittima della violazione avesse tempestivamente proposto ricorso alla Corte di Strasburgo e la stessa (con sentenza definitiva) avesse condannato l'Italia per violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 CEDU proprio in ragione dell'intervenuta prescrizione, sarebbe stato possibile per la vittima medesima instaurare un procedimento di revisione davanti alla competente Corte d'Appello e ottenere, per questa via, la riapertura del processo e una pronuncia nel merito (sia essa di assoluzione o di condanna). Sul tema, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 231; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 19 maggio 2011. Infine, tra gli obblighi procedurali la Corte ritiene che occorra verificare la sussistenza di un rapporto di proporzione tra la gravità della violazione commessa e la pena comminata sul piano nazionale all'individuo responsabile (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gäfgen v. Germania*, cit., parr. 123-125). Per una analisi complessiva degli obblighi positivi procedurali nella giurisprudenza della Corte EDU, v., F. BESTAGNO, *op. cit.*, 75 ss; A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta*, cit., 471 ss).

norme penali che disciplinino la tortura come un reato con una inadeguata sanzione edittale.

La Corte EDU, nel valutare la responsabilità internazionale degli Stati, tende ad appurare se il sistema penale abbia offerto in concreto una reale protezione contro gli atti contrari all'art. 3 CEDU, assicurando che i fatti in causa siano accertati mediante un'indagine efficace e che i responsabili, ove individuati, siano puniti con pene adeguate, ciò non comportando necessariamente l'attivazione di rimedi formali, consistenti nell'introduzione da parte degli Stati di una (o più) fattispecie *ad hoc* del reato di tortura, ben potendo quest'ultimo essere sanzionato adeguatamente con altre norme già vigenti nei codici penali²¹⁸.

L'ampia varietà delle pronunce della Corte EDU sul tema, invero, ha riguardato proprio l'ineffettività della tutela e la concreta applicazione di incongrue ed irrisorie sanzioni penali²¹⁹. Solo in poche occasioni i giudici europei hanno caldeggiato l'introduzione di una fattispecie autonoma di tortura²²⁰.

Ad avviso di chi scrive e come sostenuto dalla dottrina²²¹ è proprio la mancanza, all'interno di un ordinamento, di una normativa idonea ad “*intercettare*” le condotte vietate dall'art. 3 CEDU ed a sanzionarle in maniera adeguata che spesso determina la sussistenza di pronunce rese dai giudici

²¹⁸ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 204-205; nello stesso senso, S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura tra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, 1769-1771.

²¹⁹ Per una interessante analisi della casistica giurisprudenziale, v., P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 205, in particolare nota 132: v., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gäffen v. Germania*, cit., par. 123-124 (condanna a pena pecuniaria di importo modesto, per giunta sospesa); Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cestaro v. Italia*, cit., par. 221 (reati di lesione estinti per intervenuta prescrizione; applicazione dell'indulto); Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 novembre 2015, *Myumyun v. Bulgaria*, ric. n. 67258/13, par. 75 (pene pecuniarie di ammontare compreso tra i 2 ed i 3 mesi di stipendio dei poliziotti condannati); Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 ottobre 2009, *Valeriu and Nicolae Roșca v. Moldova*, ric. n. 41704/02, par. 72 (3 anni di reclusione e 2 anni di sospensione dal servizio, ma pena sospesa; in questo caso la Corte lamenta anche della mancata applicazione, senza alcuna giustificazione, del reato di tortura, presente nel codice moldavo); v., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 novembre 2010, *Darraj v. Francia*, ric. n. 34588/07, par. 49 (multa di 800 Euro); Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 febbraio 2013, *Austrianu v. Romania*, ric. n. 16117/02 cit., par. 74 (multa di circa 30 Euro).

²²⁰ V., *ex multis*, *Cestaro v. Italy*, cit., 243, 246.

²²¹ A. COLELLA, *La repressione*, cit., 28; P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 206.

interni in cui vengono irrogate pene incongrue e sproporzionate al fatto di reato, ponendosi in contrasto con quanto richiesto dal giudice europeo²²².

Con riguardo all'Italia, per rimediare alla violazione strutturale rilevata nel caso Cestaro, la Corte di Strasburgo ha prescritto misure generali di carattere legislativo²²³, pur non prevedendole direttamente nel dispositivo della sentenza²²⁴.

²²²Corte europea dei diritti dell'uomo, *Myumyun v. Bulgaria*, cit., par. 77: «For the Court, the origin of the problem lay more in the fact that none of the criminal offences relied on in the present case - bodily harm, abuse of office and coercion of a confession or a statement (see paragraphs 28, 31 and 32 above) - appears capable of squarely addressing the full range of issues thrown up by the act of torture to which the applicant fell victim (see, mutatis mutandis, Cestaro, cited above, § 225). Indeed, a similar point was made by the UN Committee against Torture in its General Comment No. 2 on the implementation of Article 2 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (see paragraph 46 above). It is for that reason that that Committee, as well as the UN Human Rights Committee, have repeatedly called on Bulgaria to put in place a free-standing offence of torture (see paragraphs 47, 48, 49 and 52 above), and that the Bulgarian authorities, apparently aware of this lacuna in the country's criminal law, have twice attempted to fill it (see paragraphs 34, 40 and 41 above)».

²²³ Come è noto l'art. 46 CEDU impone alle Parti contraenti l'obbligo di rispettare le sentenze definitive della Corte di Strasburgo. La disposizione conferisce al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il potere di controllarne l'esecuzione. Qualora tale organismo ritenga che l'esercizio della sua funzione sia ostacolato da difficoltà interpretative, esso ha il potere di adire la Corte EDU per ottenere una sua pronuncia sulla corretta interpretazione della sentenza. Per un approfondimento in materia, v., A. ORIOLO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Bari, 2006, 177; P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. um. dir. int.*, 2007/3, 678; A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi int. eur.*, 2008/3, 665; M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008/2, 349; G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 565; H. KELLER, C. MARTI, *Reconceptualizing implementation: The judicialization of the execution of the European Court of Human Rights' judgments*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2015/4, 829; A. DI STASI, *La tutela procedurale e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, cap. II. L'efficacia e la tempestività nell'esecuzione di una sentenza della Corte EDU rappresentano «elementi di cruciale importanza ai fini dell'effettività dell'intero sistema di tutela affidato alla Corte di Strasburgo» oltre ad essere considerati vitali proprio nei casi «che rivelano problemi di natura strutturale». Sul punto, S. NEGRI, «Violazioni strutturali» e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e la travagliata introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Dir. pen e proc.*, 12, 2016, 1667; A. ORIOLO, *L'esecuzione delle sentenze*, cit., 177.

Per quanto, quindi, gli obblighi di tutela penale ricavatisi dalla giurisprudenza di Strasburgo e discendenti dall'art. 3 CEDU non comportino necessariamente l'introduzione di una o più fattispecie ad *hoc*, con specifico riferimento al nostro ordinamento esso si è trovato a fare i conti con la raccomandazione di garantire un'adeguata punizione dei colpevoli di fatti di tortura. «Nonostante la Corte si sia astenuta dall'indicare gli istituti giuridici più consoni al raggiungimento di tale fine, la stessa ha mostrato una preferenza per l'adozione di una fattispecie autonoma di reato»²²⁵.

Dall'art. 3 CEDU si evince, altresì, il divieto di sottoposizione a pene che rivestano carattere inumano e degradante. Il contrasto con la disposizione suddetta può derivare tanto dalle condizioni della detenzione quanto dalla

Inoltre, ai sensi dell'art. 41 CEDU (v., *ex multis*, G. BARTOLINI, *Articolo 41*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 703 e, conformemente a quanto sancito dall'organo strasburghese, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta v. Italia*, ric. nn. 39221/98 e 41963/98, par. 249), le misure di esecuzione dello Stato condannato posso essere ricondotte a tre tipologie: a) l'adozione di misure individuali (di carattere amministrativo o giudiziario) che siano in grado di garantire la piena *restitutio in integrum*; b) in via sussidiaria, la c.d. equa soddisfazione, ossia la corresponsione di un risarcimento economico a titolo di riparazione per i danni subiti dalla vittima; c) l'adozione di misure generali (perlopiù di carattere legislativo), che lo Stato deve porre in essere per rimediare ai problemi di natura sistemica in caso di accertata violazione strutturale della Convenzione.

²²⁴ Rileva tale aspetto, D. HARRIS, M. O' BOYLE, *Law of the European Convention*, cit., 164. In altre pronunce, infatti, le misure che lo Stato deve adottare compaiono già nel dispositivo della sentenza v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 gennaio 2003, *Torreggiani v. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, punto 4. La Corte costituzionale ha, inoltre, precisato che in caso di accertate criticità strutturali non è necessario che le sentenze della Corte EDU specifichino le "misure generali" da adottare. In tali casi «è fatto obbligo ai poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino» (Corte costituzionale, 18 luglio 2013, sentenza n. 210/2013). La libertà riconosciuta agli Stati di scegliere i mezzi con i quali conformarsi alle sentenze della Corte EDU risulta parametrata all'obbligo di evitare la ripetizione futura di una stessa violazione.

²²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cestaro v. Italia*, cit., 245-246: «La competenza della Corte si limita, comunque, ad assicurare il rispetto degli obblighi che derivano dall'articolo 3 della Convenzione e, in particolare, ad aiutare lo Stato convenuto a trovare le soluzioni appropriate al problema strutturale individuato, ossia all'inadeguatezza della legislazione italiana. In effetti spetta in primo luogo allo Stato convenuto la scelta dei mezzi da utilizzare per adempiere al suo obbligo in base all'articolo 46 della Convenzione. In questo quadro, la Corte ritiene necessario che l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'articolo 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte». Sul punto, P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 208. V., *infra*, cap. 2, par. 4.1.

sottoposizione a particolari regimi carcerari (è il caso del regime *ex art. 41-bis* ord. penit²²⁶ o anche dell'isolamento²²⁷) o dalla durata della pena (come nel

²²⁶Il regime del carcere duro disciplinato nell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario applicabile in Italia agli esponenti di spicco della criminalità organizzata, terroristica o eversiva i quali non collaborino con l'autorità giudiziaria prevede, da un lato, il divieto di concessione dei benefici penitenziari, vale a dire l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 1, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203); dall'altro, la possibilità di sospendere le normali regole di trattamento penitenziario all'interno degli istituti di detenzione (art. 41-*bis*, comma 2, della stessa legge, introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, e successivamente modificato). Il secondo comma dell'art. 41-*bis*, in particolare, attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà, quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per una serie di gravi delitti (tra cui delitti di terrorismo o eversione e di criminalità organizzata), in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La disposizione in questione precisa inoltre che «la sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione» di appartenenza. A seguito dell'entrata in vigore della L. 23 dicembre 2002, n. 279, introduttiva del comma 2-*quater*, sono state introdotte una serie di misure che la sospensione delle normali regole di trattamento può comportare. Tra queste è possibile ricordare la limitazione dei colloqui con i familiari ed il divieto di colloqui con i terzi, salvo casi eccezionali, la limitazione delle somme di denaro, dei beni e degli oggetti ricevibili dall'esterno, la sottoposizione a visto di censura sulla corrispondenza, l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna finalizzate a prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o con altre organizzazioni. Sul regime detentivo in questione v. in generale S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, *passim*; L. CESARIS, *Art. 41-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, III ed., Padova, 2019, *passim*; A. DELLA BELLA, *“Il carcere duro” tra esigenze di protezione e tutele dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis c.p.*, Milano, 2016, XIII; E. NICOSIA, *Il c.d. 41bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 3, 2009, 1240 ss; M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 262; E. SCAROINA, *op. cit.*, 137-147. Fin dalla sua entrata in vigore, l'art. 41-*bis* è stato bersaglio di critiche, evidenziandosi possibili profili di incompatibilità con la tutela dei diritti individuali fondamentali, in palese contrasto con l'art. 3 CEDU (non a caso, l'art. 41-*bis*, è stato definito da parte della dottrina come forma di tortura democratica. Per un approfondimento di tale aspetto, v., S. D'ELIA, M. DEL TURCO, *Tortura democratica. Inchiesta su «La comunità del 41-bis reale»*, Venezia, 2002, *passim*; D. DI CESARE, *Tortura*, cit., 88; T. PADOVANI, *Quaestio in caput sociorum. Alle origini dell'obbligo del reo di collaborare alle indagini*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 76). Con riferimento ad alcune critiche nei confronti dell'istituto, si v., G. GRANATA, *L'art. 41-bis ord.pen (c.d. carcere duro): garante della salute pubblica o usurpatore di garanzie costituzionali?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 627 ss; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, 227. Come sottolineato da E. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis*, cit., 1240 e da E. SCAROINA, *op. cit.*, 137-138, la questione non è priva di rilevanza pratica dal momento che con la decisione del giudice federale di *Los Angeles D. D. Sitgraves* dell'11 settembre 2007, sarebbe stata bloccata l'espulsione dagli Stati Uniti verso l'Italia di Rosario Gambino, il quale era stato condannato in Italia in contumacia per associazione di tipo mafioso. Il giudice californiano avrebbe motivato la propria decisione ritenendo che il regime del 41-*bis* vigente nel nostro ordinamento avrebbe i connotati di una

severità tale da potersi configurare come «una forma di coercizione non correlata ad alcuna sanzione o punizione legalmente imposta» e, dunque, come una vera e propria tortura o, quantomeno, come un trattamento crudele, inumano o degradante. La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla norma *de qua* non ritenendola in via generale incompatibile con la dignità umana (A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Napoli, 2013, 193 ss), pur soffermandosi su alcuni aspetti particolarmente rilevanti (si veda la sentenza n. 190 del 2010; le sentenze n. 135 e 143 del 2013, la sentenza n. 122 del 2017; la sentenza n. 253 del 2019, la sentenza n. 97 del 2020). Proprio per il venir meno di un equilibrato bilanciamento tra le ragioni della prevenzione sottesa al regime carcerario differenziato e la dignità umana, è intervenuto recentemente il Giudice delle leggi ritenendo che alcune misure previste dal regime *ex art. 41-bis* abbiano perso «la loro finalizzazione all'addomesticamento della pericolosità, alla sua neutralizzazione, per assumere contenuto di puro tormento»: valga, per tutti, l'esempio della «assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi» (C. Cost., sentenza n. 186 del 2018. V., D. CASTRONUOVO, *Ad Diruendum Hostem. Il difficile inquadramento dei trattamenti inumani e degradanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 242. Sul punto, v., *infra*, cap. 2, par. 8). La Corte di Strasburgo, a partire dal *leading case Natoli v. Italia* ha ritenuto che la sottoposizione del detenuto al suddetto regime «non raggiunga la soglia di gravità necessaria per configurare una violazione dell'art. 3 Cedu». (Per una analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia v., A. COLLELA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 242; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., 318 ss; M. PALMA, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Roma, 2013, 171 ss; E. SCAROINA, *op. cit.*, 140 ss. Tra le più importanti pronunce sul tema, si veda, Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli v. Italia*, ric. n. 26161/95. Nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia* (ric. n. 35795/02); Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 marzo 2008, *Guidi c. Italia* (ric. n. 28320/02); Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 luglio 2008, *De Pace c. Italia* (ric. n. 22728/03); Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia* (ric. n. 22424/03); Corte europea dei diritti dell'uomo, 01 dicembre 2009, *Dell'Anna c. Italia* (ric. n. 16702/04); Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° dicembre 2009, *Stolder c. Italia* (ric. n. 24418/03), Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 settembre 2015, *Paoletto v. Italia*, ric. n. 37648/02.) La Corte europea, nelle sopra citate sentenze, ha ritenuto di «salvare» il regime del carcere differenziato in ragione della prevalenza di esigenze di difesa sociale, atteso che i detenuti sottoposti al regime sono autori pericolosi, nei cui confronti lo Stato deve intervenire per elidere in maniera effettiva il vincolo associativo e la permanenza dei legami con la criminalità organizzata esterna al carcere. L'organo di Strasburgo cerca di effettuare un bilanciamento tra gli interessi della sicurezza pubblica ed i diritti del detenuto e riconosce la legittimità dell'art. 41-bis sul presupposto del carattere eccezionale della misura, da parametrarsi alla pericolosità soggettiva del detenuto e tale da non compromettere la sua integrità fisico-psichica, tenendo altresì conto della durata del trattamento, del sesso, dell'età e dello stato di salute della vittima (Su tale aspetto, v., V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. pen.* (web) – <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 2016, 10; R. ORLANDI, *Documento introduttivo*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 5; E. SCAROINA, *op. cit.*, 141). Sebbene in un primo momento la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si era mostrata scarsamente attenta alle condizioni precarie di salute di un soggetto altamente pericoloso (Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009, *Enea v. Italia*, ric. n. 74912/01), la Corte EDU è nuovamente intervenuta sul tema condannando l'Italia per violazione dell'art. 3 con riferimento ad un provvedimento di proroga del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis emesso pochi mesi prima della morte del ricorrente, nonostante le sue severe condizioni di salute e il grave deterioramento

caso dell'ergastolo). Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte ha affermato, in linea di principio, che la mancanza di meccanismi tali da consentire al detenuto una effettiva prospettiva di liberazione ben possa comportare problemi di compatibilità rispetto all'art. 3 CEDU²²⁸. Sono,

cognitivo da cui era affetto (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 ottobre 2018, *Provenzano v. Italia*, ric. n. 55080/13. In senso analogo, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Riina v. Italia*, ric. n. 43575/09). Ad avviso di chi scrive queste pronunce potrebbero aver influenzato la decisione contenuta in alcuni provvedimenti emanati dalla magistratura di sorveglianza in ragione dell'emergenza sanitaria a seguito della pandemia da Covid-19, con cui è stata concessa la detenzione domiciliare a detenuti per i reati di mafia che si trovavano in carcere in regime di 41-bis e le cui condizioni di salute erano precarie. Invero, l'isolamento che caratterizza il regime del 41-bis non mette al riparo i soggetti che vi sono sottoposti dal rischio di contagio e ciò a causa del contatto quotidiano con il personale, in *primis* con gli agenti di polizia penitenziaria, che entrano ed escono quotidianamente dall'istituto penitenziario. Ed è proprio il rischio del contagio derivante dalla prosecuzione della detenzione che ha indotto il Magistrato di sorveglianza di Milano a ritenere integrato il presupposto del “grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione”, in relazione ad un soggetto di anni settantotto ed avente gravi patologie di tipo cardiologico e oncologiche. Per un approfondimento del tema, v., A. DELLA BELLA, *Emergenza Covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale* (web) – <http://www.sistemapenale.it>, 1 maggio 2020.

²²⁷ L'esclusione dalla vita comunitaria carceraria e dalle iniziative promosse al suo interno ben può porsi in contrasto con l'art. 3 della CEDU, soprattutto nel caso in cui si ammettesse un ricorso senza limiti a tale misure. Esso produce, infatti, effetti particolarmente dannosi sul benessere mentale, fisico e sociale di coloro che vi sono sottoposti. Sul punto, E. SCAROINA, *op. cit.*, 86. L'A. si sofferma sulla giurisprudenza vigente nel nostro ordinamento che distingue tra gli istituti dell'isolamento diurno ex art. 72 c.p. da quello previsto dall'art. 41-bis e sulle altre tipologie di isolamento previste dall'art. 33 dell'ordinamento penitenziario. In giurisprudenza, v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez v. Francia*, ric. n. 59450/00, par. 123; Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99. Lo stesso CPT non si rivela favorevole a tale pratica sottolineando come vi si debba ricorrere come *extrema ratio*, per il più breve tempo possibile e non debba mai essere utilizzata come punizione. R. MORGAN, M. EVANS, *op. cit.*, 204-208. Sull'isolamento come *extram ratio*, v., altresì, le Regole penitenziarie europee, art. 60.5, secondo cui: «l'isolamento come sanzione disciplinare può essere imposto solo in casi eccezionali e per un periodo determinato e il più breve tempo possibile».

²²⁸ Il *leading case* è rappresentato dalla sentenza *Kafkaris c. Cipro*, in cui è stata negata la violazione dell'art. 3 CEDU dal momento che l'ordinamento cipriota contemplava un'ipotesi di liberazione disposta per volontà del Presidente della Repubblica (Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04). V., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140/10; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/10; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, ric. nn. 37871/14 e 73986/14; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 maggio 2017, *Matiosaitis c. Lituania*, ric. nn. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 e 72824/13; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e Altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10. Cfr., sul tema, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Riv. A.I.C.*, fasc. 4, 2017, *passim*; F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in

peraltro, prevedibili in questo ambito «*future evoluzioni della giurisprudenza della Corte EDU*»²²⁹.

Con riguardo, invece, alle condizioni della detenzione, l'ipotesi statisticamente più frequente di violazione dell'art. 3 CEDU è ravvisabile nel sovraffollamento carcerario. In merito alla determinazione ed al contenuto delle condizioni detentive, la Corte di Strasburgo tende a conformarsi alla prassi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e di ogni forma di trattamento crudele, inumano o degradante²³⁰. In particolare, secondo tale organo, la grandezza ragionevole di una cella, sia essa quella di polizia o di qualsiasi altro luogo di sistemazione di un detenuto o di un prigioniero, è di 7 m², dovendosi censurare il comportamento di quello Stato che non garantisca tale condizione. Sulla base di tale criterio, la Corte EDU ha precisato che nei casi in cui il detenuto disponga di uno spazio inferiore ai 3 m² si assiste ad una automatica violazione dell'art. 3 CEDU²³¹. Qualora, invece, i metri quadri delle celle siano superiori a 3, occorre prendere in esame il complesso delle condizioni di detenzione (tra tali parametri si annoverano, ad esempio, la mancanza di acqua calda, di luce

Dir. pen. cont. (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4 luglio 2012. Sul caso *Vinter, e Altri v. Regno Unito*, v., D. GALLIANI, *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2014, 404 ss. Con specifico riferimento alla situazione italiana, alla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia (Corte costituzionale, sentenza n. 253/19) ed all'ordinanza con cui la I Sezione della Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riguardo «agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale», v., G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale. Atti del Seminario Ferrara, 25 settembre 2020*, in *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, fasc. n. 4, 2020, 1 ss.

²²⁹ E. SCAROINA, *op. cit.*, 84. V., *infra*, cap. 3, par. 4.

²³⁰ V., *infra*, par. 3.2.

²³¹ V., Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic v. Italia*, parr. 41 e 43. I giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU per il solo fatto che il ricorrente (detenuto nel carcere di Rebibbia) avesse a disposizione uno spazio personale di soli 2,70 metri quadri. In senso analogo, v., 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia*, ric. n. 17679/03. Cfr., sul punto, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 237.

naturale, la qualità e la quantità del cibo, il numero di ore d'aria e di socialità ecc)²³².

In alcuni casi la Corte EDU ha qualificato il problema del sovraffollamento carcerario come strutturale, intimando così agli Stati di adottare le misure necessarie per porvi rimedio²³³.

Altre esperienze dalle quali potrebbero scaturire trattamenti inumani o degradanti sono quelle dei CPR (centri di permanenza per i rimpatri), dei CDA (Centri di accoglienza), dei CARA (centri di accoglienza per i richiedenti asilo) e dei c.d. *Hotspot*²³⁴, dove i migranti vengono forzosamente ammassati in condizioni soventi lesive della loro dignità²³⁵.

²³² Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, *S. D. v. Grecia*, ric. n. 53541/07, parr. 51-52. Nel caso *de quo* era stata accertata la violazione dell'art. 3 CEDU con riguardo ad un detenuto alloggiato in una baracca, senza alcuna possibilità concessa allo stesso di uscire, telefonare, usufruire di coperte ed avere a disposizione servizi igienici adeguati.

²³³ Con specifico riferimento all'Italia, v., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani v. Italia*, cit., par. 65. L'organo di Strasburgo aveva accertato la violazione dell'art. 3 CEDU rispetto a sette ricorrenti detenuti negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza, che lamentavano di essere stati confinati in celle di 9 metri quadrati, ciascuno assieme ad altri due detenuti, e di avere potuto usufruire in quantità insufficiente di acqua calda ed illuminazione. Il profilo di maggior interesse della sentenza è, però, costituito dalla misura generale disposta a carico del nostro Paese di dotarsi entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, di un rimedio idoneo contro le violazioni dell'art. 3 CEDU conseguenti al sovraffollamento carcerario, secondo i parametri indicati dalla Corte. Lo scopo della procedura pilota è quello di porre chiaramente in luce l'esistenza dei problemi strutturali che sono all'origine delle violazioni lamentate dai ricorsi seriali, e di indicare allo Stato le misure e azioni indispensabili per porvi rimedio, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri e ciò in conformità al principio di sussidiarietà che regola i rapporti tra la Corte e gli Stati parte della Convenzione, secondo il quale spetta anzitutto alle autorità nazionali assicurare un'adeguata tutela ai diritti convenzionali. V., F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 gennaio 2013; a commento della sentenza, cfr. anche G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2013, 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2013, 11 ss. Sulle riforme strutturali attuate dall'Italia per contrastare il sovraffollamento carcerario, v., A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 19 dicembre 2013, 4.

²³⁴ Il termine “*hotspot*”, traducibile in italiano con “*punto di crisi*”, o anche “*aree di sbarco attrezzate*”, viene identificato in riferimento alle frontiere più esposte ai flussi migratori. Si tratta di un nuovo metodo che riguarda le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo sulle frontiere europee. Secondo i dati diffusi a maggio 2020 dal Garante nazionale dei detenuti, gli *hotspot* operativi in Italia sono

tre: Lampedusa (con 111 persone presenti al momento del rilevamento), Messina (56) e Taranto (51). Sul punto v., AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e migranti*, novembre 2016, consultabile nel sito <http://www.amnesty.org>. Il rapporto mostra come il cosiddetto “*approccio hotspot*”, promosso dall'Unione europea per identificare migranti e rifugiati al momento dell'arrivo, non solo abbia compromesso il loro diritto a chiedere asilo, ma abbia anche alimentato agghiaccianti episodi di violenza, con l'uso di pestaggi, *elettroshock* e umiliazioni sessuali. Come emergerebbe dal Rapporto, l'Italia avrebbe violato anche il divieto di respingimento nei Paesi di origine negoziando accordi di riammissione con Paesi le cui Autorità hanno commesso terribili atrocità. Tra questi ultimi si ricordi quello firmato nell'agosto 2016 tra le autorità di polizia di Italia e Sudan. V., E. SCAROINA, *op. cit.*, 152-158.

²³⁵ Sotto questo profilo, v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2011, *MSS c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09. In quest'ultimo caso, i giudici europei condannarono la Grecia per aver trattenuto il ricorrente, un cittadino afgano, in condizioni degradanti nel corso del procedimento d'asilo e per averlo lasciato vivere in condizioni altrettanto degradanti, dopo il suo rilascio, negandogli l'accesso ad una procedura d'asilo effettiva. Durante quest'ultima, in Grecia, il ricorrente era rinchiuso in un stanza di dimensioni ridotte da condividere con altre venti persone, malnutrito, costretto a dormire a terra e ad utilizzare i servizi igienici a discrezione delle guardie. I giudici osservarono che tali condizioni, oltre ad essere documentate dai rapporti del CPT, UNHCR, Medici senza frontiere e *Amnesty International*, erano state riscontrate dalla stessa Corte in passato nei seguenti casi: *S. D. c. Grecia* (ric. n. 53541/07); *A.A. c. Grecia* (ric. n. 12186/08); *Tabesh c. Grecia* (ric. n. 8256/07) in cui era stato violato il principio di *non refoulement* previsto dall'art. 3 CEDU. Con riguardo all'Italia, la Corte EDU ha escluso fino ad ora la violazione dell'art. 3, vista la non rilevante gravità dei trattamenti patiti dai detenuti che hanno presentato ricorso. Secondo il diritto di Strasburgo, le difficoltà degli Stati membri di fronteggiare i flussi migratori non possono esimere lo Stato dal rispetto degli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU, stante il carattere assoluto del diritto tutelato, non potendosi ammettere alcuna deroga o attenuazione dei principi posti dalla Convenzione, ed in particolare dell'art. 3, avendo anche riguardo ai criteri fissati dalla Corte in tema di sovraffollamento carcerario (V., Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2016, *Khlaifia v. Italia*, ric. n. 16483/12, parr. 162-167). Il trattenimento in questione deve avvenire in conformità alle condizioni previste dall'art. 3 CEDU, nel rispetto della dignità e di tutti i diritti fondamentali della persona umana. Come è stato sottolineato il sistema del trattenimento amministrativo «*pone enormi problemi di rispetto dei diritti fondamentali dello straniero*». Non si può non sottolineare come la situazione emergenziale che riguarda il nostro Paese e le carenze strutturali dei luoghi di detenzione possano aprire le porte a divergenti pronunce, rappresentando questi luoghi di detenzione l'*humus* per il determinarsi di svariate forme di *ill-treatments*. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 marzo 2017, par. 6; E. SCAROINA, *op. cit.*, 155. Con riguardo alla situazione Italiana segnali allarmati di tale fenomeno sono stati evidenziati dal Rapporto della Commissione straordinaria per il Senato per la promozione e la tutela dei diritti umani, in cui si sottolinea come in tali strutture di tipo carcerario si assista a *sistematiche violazioni dei diritti umani*, sotto forma di privazione della libertà personale in condizioni inumane e degradanti e - ciò che più conta - *senza il presupposto della commissione di un reato e in assenza delle garanzie proprie del diritto e del processo penale*. Molteplici sono state le carenze strutturali ravvisate (si pensi agli spazi limitati, agli ambienti poco salubri, agli impianti fatiscenti, oltre al rilievo dei vari episodi di autolesionismo e le dichiarazioni di alcuni detenuti di aver subito violenze da parte degli agenti di pubblica sicurezza, come la testimonianza di un trattenuto di origine algerina su un episodio di una certa gravità, qualora fosse confermato. Il trattenuto ha dichiarato di essersi rifiutato di recarsi in ospedale, nel gennaio scorso, per sottoporsi a una risonanza magnetica alla colonna vertebrale perché l'ispettore e gli agenti che avrebbero dovuto scortarlo gli avrebbero imposto una sorta di “guinzaglio” per legargli le mani durante lo spostamento). Per

Non di rado, inoltre, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 3 in relazione alla precarietà delle condizioni igieniche. Le condizioni della detenzione, invero, devono garantire il rispetto della dignità personale dei detenuti. Nel caso in cui le carenze igieniche siano gravi e siano riconosciute come la principale causa o come condizione favorevole per lo sviluppo di malattie non si può non ravvisare una violazione del disposto convenzionale²³⁶. Se quelle fino ad ora analizzate rappresentano le violazioni a fronte di situazioni di carattere obiettivo, vi sono, poi, quelle violazioni dell'art. 3 legate alle peculiari condizioni di salute del detenuto, a seguito di gravi disturbi fisiopsichici²³⁷.

Gli Stati, invero, devono tutelare l'integrità fisica e la salute della persona ristretta nella sua libertà personale. In particolare sono obbligati a predisporre controlli medici adeguati alle condizioni di salute dell'individuo²³⁸ garantendo,

un riscontro maggiormente confortante a seguito del monitoraggio delle condizioni di trattamento dei soggetti detenuti con riguardo all'ordinamento italiano, v., CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, Strasburgo, Novembre, 2013, *passim*; CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 18 December, 2015*, Strasburgo, 15 dicembre 2016, *passim*. Per un approfondimento del tema si rimanda, tra gli altri, ai contributi di A. PUGIOTTO, *La galera "amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. Cost.*, fasc.3, 2014, 573 ss; A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano. La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli 2010, *passim*.

²³⁶ In alcuni casi si è assistito a violazioni macroscopiche dell'art. 3 CEDU, come nel caso del 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia*, ric. n. 22107/03, in cui il ricorrente lamentava che il proprio letto fosse infestato da insetti e roditori e del caso del 15 settembre 2015, *Shishanov v. Moldavia*. In altre situazioni, invece, il detenuto lamentava di aver contratto alcune malattie contagiose all'interno della struttura carceraria, quali la tubercolosi, l'epatite e l'HIV: Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 settembre 2010 *Pakhomov c. Russia*, ric. n. 44917/08; Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 2010, *Porumb c. Romania*, ric. n. 19832/04; Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2010, *Kozhoar c. Russia*, ric. n. 33099/08; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kouzmin c. Russia*, ric. n. 58939/00, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 769. Sul tema, v., A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 239; E. SCAROINA, *op. cit.*, 85.

²³⁷ F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Proibizione della tortura*, cit., 72; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 237; E. SCAROINA, *op. cit.*, 84.

²³⁸ *Mirzashivili v. Georgia*, 28 novembre 2017, *Xiros v. Gracia*, 9 settembre 2010, *Filiz Uyan c. Turchia*, 8 gennaio 2009, §30 e C, *Bogumil c. Portogallo*, 7 ottobre 2008, §69. S. BARTOLE,

se necessario, il ricorso a cure mediche specialistiche ed eventualmente una supervisione sanitaria costante²³⁹.

Un tema particolarmente interessante preso in considerazione dalla giurisprudenza europea al riguardo, concerne il mantenimento della detenzione di una persona malata. Si pensi al caso *Scoppola v. Italia*²⁴⁰ in cui era stata prolungata la carcerazione di persona disabile e di età avanzata. In quella circostanza la Corte ha stabilito che al detenuto debbano essere assicurate le condizioni di compatibilità con il rispetto della dignità umana, in modo tale che l'esecuzione della pena non si traduca per il detenuto in una afflizione tale da superare la soglia massima di sofferenza che inevitabilmente afferisce allo stato di detenzione. Nella fattispecie, l'aver mantenuto tale soggetto in condizioni detentive inconciliabili con il suo stato di salute ha costituito un trattamento degradante, contrario all'art. 3 CEDU.

Inoltre, non è possibile sottoporre un detenuto o una persona comunque sottoposta a misure privative della libertà personale a trattamenti sanitari forzati, se questi non presuppongano adeguate garanzie procedurali e siano motivati da ragioni di necessità terapeutica, oltre a non dover causare significative sofferenze fisio-psichiche o un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto²⁴¹.

Dall'estrema varietà delle pronunce concernenti l'art. 3 CEDU si evince come le nozioni di tortura e dei trattamenti inumani e degradanti dipendano

P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, cit., 73 e A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo*, cit. 239-240. Sul tema, v., altresì, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 23 gennaio 2017, 21 ss.

²³⁹ *Kaprykowski v. Polonia*, cit., par. 74.

²⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 giugno 2008 e 17 settembre 2009, 18 gennaio 2011, 22 maggio 2012, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italia*. Sul tema, v., F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola v. Italia*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 aprile 2012, *passim*.

²⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 ottobre 2008, *Bogumil v. Portogallo*, ric. n. 35228/03, parr. 69-70. La Corte utilizza quali parametri giuridici di riferimento due fondamentali principi: necessità e proporzionalità delle misure nazionali adottate, dovendo lo Stato accertare se le misure *de qua* siano giustificate alla luce del caso specifico (v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Assenov et al. v. Bulgaria*, cit., par. 94).

strettamente dalle circostanze del caso concreto e come gli stessi costituiscano concetti mutabili nel tempo. Se la giurisprudenza di Strasburgo, da un lato, funge da stimolo anche per gli Stati membri nel senso di «*un costante innalzamento degli standard di tutela dei diritti umani*», dall'altro, rende assai complessa l'opera di definizione dei termini in esame, non potendosi individuare un «*idealtipo*» convenzionale degli stessi²⁴².

3.2. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

L'ambito europeo si arricchisce con il lavoro ispettivo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e di ogni forma di trattamento crudele, inumano o degradante (CPT), istituito dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata in seno al Consiglio d'Europa il 26 novembre 1987 ed entrata in vigore il 01 febbraio 1989^{243 244}.

Nel suo primo articolo istituisce il CPT, ma è già nel Preambolo che ne vengono chiariti i compiti, ossia la protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti delle persone private della libertà mediante un «*sistema di natura preventiva*»²⁴⁵ e non giudiziario, «*basato su sopralluoghi*»²⁴⁶. La metodologia operativa si fonda, pertanto, su di un insieme

²⁴² E. SCAROINA, *op. cit.*, 93.

²⁴³ L'Italia ha ratificato la Convenzione *de qua* con legge del 2 gennaio 1989, n. 7.

²⁴⁴ La Convenzione si riconduce all'idea del banchiere svizzero *Jean-Jacques Gautier* il quale, traendo ispirazione dal lavoro eseguito dal Comitato Internazionale della Croce Rossa negli anni della Seconda Guerra mondiale, aveva in mente di realizzare un organismo internazionale che avrebbe tenuto sotto controllo, in modo imparziale e con raggio di azione più esteso di quello della Croce Rossa, le condizioni delle strutture detentive al fine di evitare fenomeni di tortura. Per un approfondimento, v., *ex multis*, G. FERRANTI, *Uno strumento innovativo per la tutela dei diritti umani in Europa: la Convenzione europea per la prevenzione della tortura*, in *Riv. internaz. dei diritti dell'uomo*, fasc. 2, 1988, *passim*; G. PIGHI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene disumane o degradanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 1989, 1643.

²⁴⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., 189, specifica come si tratti della prima ipotesi di controllo preventivo a favore dei diritti fondamentali dell'uomo.

²⁴⁶ Per un approfondimento delle caratteristiche del Comitato per la prevenzione della tortura, v., A. CASSESE, *Il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumane o degradanti*, in *Riv. intern. Dir. dell'uomo*, 1992, 11 ss; ID.,

di visite ispettive periodiche che ogni Stato deve consentire «*in ogni luogo dipendente dalla propria giurisdizione nel quale vi siano persone private di libertà da un'Autorità pubblica*» (art. 2)²⁴⁷ e sulla formulazione di una serie di Raccomandazioni rivolte agli Stati membri.

Più nel dettaglio, le visite del Comitato si distinguono in due tipologie: quelle ordinarie, che avvengono in maniera periodica, e quelle *ad hoc*, che seguono a reiterate denunce di casi di tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 7).

L'art. 8 della Convenzione impone innanzitutto agli ispettori di fornire al Paese prescelto per la visita un preavviso che non è, tuttavia, paragonabile ad un'autorizzazione, ma risponde ad un'esigenza solamente organizzativa, tesa a consentire agli Stati di predisporre le misure idonee per prepararsi all'arrivo degli ispettori²⁴⁸. Lo Stato interessato può avanzare obiezioni in merito all'annuncio della visita, ma solo al ricorrere di determinate condizioni: si tratterebbe, in particolare, di «*motivi di difesa nazionale o di sicurezza pubblica o a causa di gravi disordini nei luoghi nei quali vi siano persone private di libertà, dello stato di salute di una persona o di un interrogatorio urgente nell'ambito di un'inchiesta in corso, connessa ad un reato penale grave*» (art. 9, par. 1)²⁴⁹. Il Comitato detiene, inoltre, dei poteri considerevoli nell'effettuazione delle visite: ha accesso illimitato al territorio dello Stato ospitante ed il diritto a viaggiare senza limitazioni oltre ad aver accesso a tutte le informazioni sui luoghi in cui le persone private della libertà siano detenute. Nella ricerca di tali informazioni il Comitato può tenere colloqui senza testimoni con le persone private di libertà e può entrare liberamente in contatto con chiunque ritenga possa fornirgli informazioni utili (art. 8, par. 2).

A new Approach to Human Rights – the 1987 Convention for the Prevention of Torture, in *American Journal of International Law*, 1998, 128.

²⁴⁷ Come precisato nell'*Explanatory Report*, par. 30, il CPT può effettuare visite in tutti quei luoghi in cui «*le persone sono detenute in custodia cautelare, sono carcerate in virtù di una condanna, sono in uno stato di detenzione amministrativa o sono internate per ragioni mediche o in cui sono detenuti minori da una pubblica autorità. Anche la detenzione ordinata da autorità militari rientra nella Convenzione*».

²⁴⁸ Cfr. A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., 194.

²⁴⁹ L'art. 9, par. 2 della Convenzione precisa, altresì, che nonostante l'obiezione, il CPT possa comunque effettuare la visita, salva la necessità di un confronto con lo Stato al fine di «*esercitare le sue funzioni più rapidamente possibile*».

Alla fine di ogni sopralluogo il Comitato predispone un rapporto sui fatti accertati in tale circostanza e lo comunica alla Parte interessata con una serie di raccomandazioni al fine di migliorare, ove necessario, la protezione delle persone private della libertà a seguito di atti di tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti (art. 10).

Segnale evidente della finalità di instaurare un rapporto di cooperazione tra gli Stati (escludendosi, quindi, fini meramente punitivi o di denuncia) è rappresentato dalla segretezza dei rapporti con le eventuali raccomandazioni e di tutte le informazioni raccolte durante la visita o durante le attività successive di aggiornamento (artt. 11 e 13).

E' possibile derogare alla regola della segretezza solo in due casi: in primo luogo quando sia lo stesso Stato destinatario delle raccomandazioni a sollecitarne la pubblicazione (art. 11, par. 2). Il secondo caso, invece, prescinde dalla volontà dello Stato medesimo ed è disciplinato dall'art. 10, par. 2, secondo cui: «*Se la Parte non coopera o rifiuta di migliorare la situazione in base alle raccomandazioni del Comitato, esso può decidere a maggioranza di due terzi dei suoi membri, dopo che la Parte abbia avuto la possibilità di fornire spiegazioni, di effettuare una dichiarazione pubblica sulla questione*»²⁵⁰, la quale consiste in una «*sanzione morale derivante dalla pubblica stigmatizzazione del comportamento*» (art. 10, par. 2)²⁵¹.

Indagando sui rapporti tra il CPT e la Corte EDU si rende necessaria una precisazione. Risulta evidente come i due organi abbiano un *modus operandi* divergente. Già il Primo Rapporto Generale ha sancito che, mentre le attività della Corte EDU tendono alla soluzione del conflitto sul piano giudiziario, le attività del CPT tendono ad evitare il conflitto sul piano pratico, agendo *ex ante*, in funzione preventiva. Inoltre, nella Relazione esplicativa allegata alla Convenzione del 1987, al paragrafo 27, si legge quanto segue: «*The case-law*

²⁵⁰ È ovvio, tuttavia, che se la pubblicazione del rapporto non è l'obiettivo degli ispettori, questa rappresenti certamente un ottimo mezzo di pressione sugli Stati. Cfr. A., CASSESE, *Umano-Disumano*, cit., 19 ss; J. MURDOCH, *The Treatment of Prisoners: European standards*, Strasburgo, 2006, 40 ss; M. D. EVANS, R. MORGAN, *op. cit.*, 106 ss; A. SACCUCCI, *op. cit.*, 194.

²⁵¹ C. ZANGHÌ, *op. cit.*, 43; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., 191.

of the Court and Commission of Human Rights on Article 3 provides a source of guidance for the Committee. However, the Committee's activities are aimed at future prevention rather than the application of legal requirements to existing circumstances. The Committee should not seek to interfere in the interpretation and application of Article 3»²⁵².

Nonostante le differenze tra i due sistemi, gli stessi si integrano vicendevolmente, pur essendo totalmente indipendenti ed esercitando le loro funzioni in sfere separate²⁵³. In particolare, pare sussistere una relazione a doppio senso di marcia tra i due organi: le sentenze emesse dalla Corte orientano il CPT e le scoperte del CPT possono stimolare denunce ed influenzare l'applicazione dell'art. 3.

Per tali ragioni risulta fondamentale comprendere come il Comitato utilizzi i termini tortura e trattamenti inumani o degradanti. Per quanto il dialogo fra la Corte europea dei diritti dell'uomo ed il Comitato europeo per la prevenzione della tortura sia intenso, questi organi classificano in maniera divergente la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti. Il Comitato, invero, non li considera nell'ottica di una tripartizione, come avviene con riguardo alla giurisprudenza di Strasburgo, bensì secondo uno schema concettuale bipartito. In particolare, si vedono contrapposti la tortura e le altre forme di maltrattamento deliberato da un lato e i trattamenti inumani o degradanti dall'altro.

Per il Comitato il termine tortura ed i gravi maltrattamenti rappresenterebbero un'endiadi, intendendosi con tali espressioni una premeditata e intenzionale inflizione di gravi sofferenze, fisiche o psicologiche, allo scopo di estorcere informazioni o confessioni o per il raggiungimento di altri scopi specifici²⁵⁴. A

²⁵² Rapporto esplicativo alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, punto 27; G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., 1647; A. SACCUCCI, *Commento alla ratifica dei Protocolli n. 1 e n. 2 alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* ("Comment 10 on the ratification of Protocols No. 1 and No. 2 to the European Convention for the Prevention of Torture"), in *Dir. pen e proc*, fasc. 2, 1999, 416.

²⁵³ G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., 1643 ss.

²⁵⁴ A. CASSESE, *Inhuman states*, cit. 47. L'A. sostiene che per tortura debba intendersi «ogni forma di coercizione o di violenza, mentale e fisica, contro una persona per estorcere una

titolo esemplificativo è possibile far rientrare nel concetto di tortura l'impiego di tecniche specialistiche (quali la *falaka*, ossia la pratica di tenere sospesa la vittima per poi colpirne la pianta dei piedi, l'innaffiamento con tubo flessibile di acqua pressurizzata, l'imposizione sulla testa di un secchio metallico da colpirla con strumenti in metallo o di legno) o che avvengano mediante l'utilizzo di strumenti particolari (quali l'*elettoshock*) ovvero mediante forme specifiche di preparazione (è il caso del bendaggio od incappucciamenti delle vittime per evitare che possano riconoscere il torturatore)²⁵⁵.

A prima vista potrebbe sembrare fuorviante considerare i trattamenti inumani o degradanti separatamente rispetto alla tortura ed ai maltrattamenti, dal momento che nella giurisprudenza di Strasburgo essi si riferiscono a situazioni di maltrattamento, sia fisico che psicologico, che non raggiungono il grado di tortura.

Il CPT, tuttavia, sembra aver adottato un uso diverso della terminologia ed aver da tempo riservato questi termini per descrivere gli aspetti delle condizioni di vita nelle carceri ed in cui l'elemento della premeditazione e volizione è assente, costituendo tali termini aree grigie, ibride, in cui la sofferenza dei prigionieri è provocata dalla negligenza e dalla disorganizzazione pratica delle condizioni di detenzione, anziché dalla volontà di infliggere sofferenza²⁵⁶. Quindi, laddove la Corte EDU delinea i trattamenti degradanti, inumani e la tortura lungo un *continuum* di gravità crescente, il CPT ravvisa la distinzione fra la prima e la seconda categoria in un carattere qualitativo più che quantitativo della stessa, non facendo riferimento alla soglia di gravità²⁵⁷.

Si ritiene, quindi, che l'art. 3 CEDU e la giurisprudenza ad esso correlata svolgano, più in generale, un ruolo di guida, potendo il CPT valutare

confessione, un'informazione, o per umiliarla, punirla o intimidirla» ed ha ritenuto che il Comitato abbia adottato proprio tale definizione.

²⁵⁵ V., R. MORGAN, M. EVANS, *op. cit.*, 81 ss. Gli autori sottolineano come tali tecniche siano state classificate come tortura con riguardo alle visite effettuate in Romania e Bulgaria, mentre ciò non sia avvenuto con riguardo alle visite effettuate in Polonia ed Ungheria. CPT/Inf (97) 1 (Bulgaria), § 27; CPT/Inf (98) 5 (Romania), § 22; CPT/Inf (98) 13 (Polonia); CPT/Inf (96) 5 (Ungheria). Tale ultimo caso deve, però, essere considerato come un'eccezione.

²⁵⁶ R. MORGAN, M. EVANS, *Combating torture in Europe. The work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, 2001, 63.

²⁵⁷ R. MORGAN, M. EVANS, *op. ult. cit.*, 106 ss; J. MURDOCH, *op. cit.*, 116 ss.

autonomamente se un dato comportamento costituisca un trattamento inumano o degradante o tortura; pertanto, la casistica della Corte e della Commissione dei diritti dell'uomo orienta il Comitato, ma non lo vincola.

Ad orientare il CPT non sono solo le pronunce dei Giudici di Strasburgo, ma, altresì, le c.d. Regole penitenziarie europee adottate dal Consiglio d'Europa nel 1987. L'attuale versione di tali Regole²⁵⁸ sancisce che *«tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo»* (Reg. 1) e che *«conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge a causa della loro condanna o in conseguenza della loro custodia cautelare»* (Reg. 2). Inoltre è fatto divieto, in termini perentori, di usare la forza rispetto ai soggetti privati della libertà personale: la Regola 64 stabilisce che *«il personale penitenziario non deve usare la forza contro i detenuti tranne per autodifesa o in casi di tentata evasione o di resistenza attiva o passiva ad un ordine legittimo, e sempre come ultima risorsa»*.

4.Osservazioni conclusive

Il presente capitolo è stato incentrato sull'analisi della normativa sovranazionale con specifico riferimento alla definizione del termine tortura nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario, del diritto penale internazionale e dell'Unione europea, sottolineandosi solo alcune delle ricadute che la stessa ha avuto a livello nazionale, rimettendo al secondo capitolo una più puntuale specificazione sul tema.

Si è ricavato, in primo luogo, il carattere assoluto del divieto di tortura, il quale ha raggiunto lo *status* di *ius cogens*: nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, che si tratti di uno stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro evento eccezionale, potrà essere

²⁵⁸ Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee. V., E. SCAROINA, *op. cit.*, 71.

invocata quale forma di giustificazione di una eventuale violazione del divieto²⁵⁹.

Da ciò discendono una serie di obblighi di tutela penale incombenti sul nostro Paese. Vale la pena ricordare che i vincoli di incriminazione di discendenza internazionale ed europea si traducono, in virtù dell'art. 117 c. 1 Cost, in altrettanti obblighi costituzionali, «*gravitanti in primo luogo sul legislatore*»²⁶⁰. Altra importante considerazione che ne discende e che sarà approfondita in seguito²⁶¹ concerne l'individuazione del medesimo bene giuridico violato a seguito di atti costituenti la tortura: ossia la dignità umana. Sebbene in alcuni casi il riferimento a tale nozione sia implicito, nella maggior parte degli atti normativi presi in esame l'esigenza di tutela della stessa viene affermata espressamente²⁶².

Un altro profilo che emerge a seguito dell'analisi della normativa sovranazionale e dell'interpretazione giurisprudenziale ed in relazione al quale non si riscontra una univoca presa di posizione riguarda la fisionomia del reato

²⁵⁹ Come è stato analizzato, il divieto di tortura è stato affermato categoricamente da una pluralità di strumenti internazionali, oltre che riconosciuto dalla Corte EDU, dai Tribunali penali internazionali *ad hoc*, che ne hanno affermato il carattere assoluto ed hanno elevato la dignità umana quale valore universale ed indivisibile della comunità internazionale e dal Comitato dei diritti umani e dal Comitato contro la tortura. E. BENVISTI, *The role of National Court in preventing torture of suspected terrorists*, in *European Journal of International Law*, 1997, 603 ss; G. LANZA, *Obblighi internazionali di incriminazione penale*, cit., 746-748; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, cit., 979-999.

²⁶⁰ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, 217-218; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2651. Si avrà modo di approfondire nel cap. 2 come l'art. 4 della CAT imponga agli Stati Parte di punire con pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità, chiunque compia, anche solo in forma tentata o in qualità di concorrente, atti di tortura. Gli obblighi di tutela discendenti dalla CEDU ed, in particolare dalla giurisprudenza di Strasburgo, puntano molto sul versante della pena e, quindi, ad indagini effettive da parte degli Stati e dell'adeguata punizione degli atti contrari all'art. 3 CEDU e meno, per quanto ne sia un aspetto strettamente correlato, alla descrizione del precetto. Sebbene il Comitato CAT si aspetti che atti di tortura siano sanzionati con una apposita fattispecie di reato volta a reprimere le condotte poste in essere da un pubblico ufficiale, i Giudici di Strasburgo non impongono una norma *ad hoc*, ma si soffermano sulla irrogazione di pene adeguate contro gli autori di atti di tortura, ma anche degli altri *ill-treatments*, indipendentemente dalla qualifica soggettiva del reo. Nessun obbligo di incriminazione discenderebbe, invece, dallo Statuto di Roma. Cfr., P. LOBBA, *op.ult.cit.*, 219. *Contra*, A. COLELLA, *La repressione*, cit. 20-21.

²⁶¹ V., *infra*, cap. 2, parr. 1 e 1.1.

²⁶² Su tale aspetto si sofferma E. SCARONA, *op. cit.*, 94, portando come esempio il Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'ONU del 1966, le Convenzioni di Ginevra e l'*African Charter on Human and People's Rights*.

di tortura quale reato proprio o comune²⁶³. Da uno sguardo d'insieme si assiste ad una prevalenza di quest'ultima impostazione nonostante la tortura, in considerazione della propria origine storica, abbia sempre gravitato attorno al rapporto tra autorità ed individuo e sia da sempre espressione dell'esercizio del potere punitivo dello Stato²⁶⁴.

Infine, anche rispetto all'elemento soggettivo non vi è uniformità di previsioni nelle fonti sovranazionali, salvo che con riferimento all'avverbio “*intenzionalmente*”, volto ad escludere qualsiasi forma di tortura colposa.

Diverse sono, talvolta, con specifico riferimento alle varie fonti analizzate, le finalità oggetto di dolo specifico. Ciò, come si avrà modo di approfondire in seguito²⁶⁵, è dovuto all'intento di non restringere eccessivamente la portata della definizione di tortura, rendendo tassativo l'elenco delle finalità perseguite dal soggetto agente.

²⁶³ Su tale aspetto v., *infra*, cap. 2, par. 6.1.

²⁶⁴ E. SCAROINA, *op. cit.*, 94.

²⁶⁵ V., *infra*, par. 10.

CAPITOLO 2

IL DELITTO DI TORTURA IN ITALIA, TRA OBBLIGHI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI DI CRIMINALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1.La dignità umana nella Costituzione tra previsioni espresse e richiami impliciti- 1.1.Dignità umana e divieto di tortura- 2.Un divieto costituzionalmente imposto- 3.Le resistenze dell'Italia all'introduzione del reato di tortura ed il colpevole ritardo del legislatore- 4.Il tormentato iter legislativo- 4.1Un'accelerazione verso l'introduzione del reato: l'impulso della Corte di Strasburgo- 5.Delitto di tortura: collocazione sistematica e bene giuridico tutelato- 6.L'ambito soggettivo di operatività della fattispecie- 6.1.La tipizzazione del delitto di tortura: reato comune o reato proprio?- 6.2.Il nodo interpretativo della natura giuridica della «Tortura di Stato»- 7.I soggetti passivi del reato di tortura- 8.Le condotte tipiche- 8.1Il *caveat* della condotta omissiva- 9.L'evento del reato- 10.L'elemento soggettivo- 11.Il delitto aggravato dall'evento delle lesioni personali- 12.La verifica dell'evento morte- 13.Il trattamento sanzionatorio: ulteriori rilievi critici- 14.I rapporti con altre fattispecie- 15.L'art. 613-ter. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura- 16.Ulteriori novità introdotte dalla L. 110/2017- 17.Le prime applicazioni pratiche dell'art. 613-bis c.p.

1.La dignità umana nella Costituzione tra previsioni espresse e richiami impliciti

La «*dignità umana*» è un concetto connotato da una particolare difficoltà definitoria dal momento che ricorre con una certa frequenza non solo nel dibattito di carattere giuridico, ma anche filosofico, politico, sociologico ed etico²⁶⁶. Non vi è la pretesa di approntare una definizione²⁶⁷, stante la

²⁶⁶Il concetto di dignità esercita da sempre una particolare suggestione nell'ambito della letteratura scientifica, ma altresì forti tensioni e confronti sulla sua portata normativa e forza assiologica. Sulla «*poliedricità*» della nozione, cfr., *ex multis*, P. BECCHI, *Il principio dignità*

pregnanza del concetto che impedirebbe qualsivoglia possibilità di delimitarne i confini^{268 269}. Dal momento che nessun documento internazionale o costituzionale ne fornisce una definizione, appare sicuramente più utile, in tale sede, interrogarsi sul senso che le viene attribuito nei documenti ufficiali di particolare importanza, «spesso frutto di interminabili dibattiti tra più interlocutori dei più diversi orientamenti, ma uniti dal comune proposito di

umana, Brescia, 2013, 7 ss; ID., *Dignità umana*, in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Torino, 2007, *passim*; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, *passim*; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010, 19 ss; R. D. GLENSY, *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 65 ss; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010, *passim*; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma 2007, 19 ss; ID., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, *passim*; ID., *Dignità. Le contraddizioni*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino 2016, 1785 ss; G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, *ivi*, 2635 ss; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino 2018, 68 ss; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 13 ss; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3/1991, 343 ss; F. F. SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo come fonte di tutti i diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, par. 1 ss; B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 72, in nota 4; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss. In prospettiva giusfilosofica, con riguardo alla pluralità delle accezioni concernenti la nozione di dignità, v., inoltre, AA.VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. MARZOCCO, Torino 2018, *passim*; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014, *passim*; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino, 2017, *passim*; F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III, 2006, 2863 ss.

²⁶⁷ Come è stato sottolineato, il concetto di dignità umana rappresenta un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di diverse visioni dell'uomo e del mondo. E' un concetto estremamente relativo, che presenta il rischio di usi puramente retorici. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 557; D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2013, 1618 ss. Contro tali rischi si è pronunciata autorevole dottrina, che ravvisa nella dignità umana il «pilastro di una società civilizzata e di uno stato di diritto». Cfr., W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 125 ss.

²⁶⁸ «La dignità, insomma, si porrebbe a mo' di "contenitore" al quale attingere a piacimento ciò che più aggrada, siccome dotato di pressoché inesauribili capacità generative di sensi». A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo ed il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, (web) - <http://www.giuricost.org>, fasc. 2, 2018, 392 ss.

²⁶⁹ La dignità umana è un concetto «variabile nel contenuto e nei fini». Rappresenta un «costrutto storico: muta con l'evoluzione delle concezioni morali e dei modelli culturali che orientano l'immagine e l'autocoscienza dell'essere umano». G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica*, cit., 560.

*trovare un'intesa; documenti nei quali, appunto per questo, ogni parola si suppone lungamente meditata, e come pesata»*²⁷⁰. Tale indagine sarà utile al fine di capire se la dignità umana costituisca o meno un valore assoluto, universale e, come tale, incompressibile.

Occorre premettere e sottolineare un dato cronologico decisamente non casuale, in relazione al quale è solo nel Secondo dopoguerra che il termine vede ritagliarsi uno spazio sempre più ampio negli ordinamenti nazionali, nei Trattati e nelle Carte Internazionali²⁷¹, come reazione alle macerie causate dal totalitarismo che, come noto, aveva generato effetti devastanti. La dignità umana, infatti, rappresenta il perno attorno al quale gravitano le varie Dichiarazioni internazionali volte a garantire il rispetto dei diritti fondamentali. Dinanzi al flagello della Seconda Guerra Mondiale, lo Statuto delle Nazioni Unite del 1945²⁷² ne inseriva un esplicito riferimento nel Preambolo, riaffermando «*la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità, e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole*»^{273 274}. È appena di poco successivo

²⁷⁰E. RIPEPE, *La dignità umana, il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI, (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 14.

²⁷¹Cfr. P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, 2 ss; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica dir.*, fasc. I, 2011, 49; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale*, cit., 247 ss.

²⁷²Lo Statuto venne firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Organizzazione Internazionale. Entrò in vigore il 24 ottobre 1945, dopo la ratifica da parte dei 5 membri permanenti del Consiglio di Sicurezza (Cina, Francia, Unione Sovietica, Regno Unito e Stati Uniti) e della maggioranza degli altri Stati firmatari. L'Italia lo ratificò con la legge 17 agosto 1957, n. 848.

²⁷³Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, 27 ss, G. CONSO, A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001, 3-20; M. LEWIS, *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in J. MALPAS, N. LICKISS (a cura di), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht, Springer, 2002, 97 ss. Il principio è stato ribadito in molteplici documenti internazionali, tra i quali la Dichiarazione ONU sull'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione del 1963, la Convenzione sull'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione contro le donne del 1979, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione internazionale per la protezione delle persone rispetto alle sparizioni forzate, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sui diritti dell'uomo e sull'abolizione della pena di morte del 2002.

²⁷⁴Nello Statuto delle Nazioni Unite il riferimento alla dignità è ravvisabile unicamente nel Preambolo, senza mai comparire negli articoli successivi. Il fatto, poi, che dignità e diritti, evocati nel medesimo contesto, non costituiscano un'endiadi rivela la consapevolezza della diversa natura e origine dei due concetti.

l'Atto costitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO), adottato a Londra il 16 novembre 1945, il cui Preambolo ravvisa «*nel rinnegamento dell'ideale democratico di dignità, di uguaglianza e di rispetto della persona umana*» uno dei fattori che avevano reso possibile l'ultimo conflitto mondiale e ricava proprio dalla dignità l'esigenza di diffondere la «*cultura e l'educazione di tutti per il raggiungimento della libertà e della pace*». Ciò vuol dire che non v'è pace tra le Nazioni se manca il rispetto per le persone, che, a sua volta, può e deve essere promosso con misure di carattere positivo. Qualche anno dopo, un richiamo esplicito alla nozione ha trovato riconoscimento nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948²⁷⁵, sia nel suo Preambolo secondo cui «*il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo*», sia nell'art. 1 della stessa, in cui si asserisce che «*tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti*»^{276 277}.

Non si può non citare, inoltre, il Patto internazionale sui diritti civili e politici approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966 che, nel suo Preambolo, riconosce la dignità quale fondamento di tutti i diritti²⁷⁸ e l'art. 10

²⁷⁵ Con riguardo ad alcuni riferimenti comparatistici cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 57 ss.

²⁷⁶ Tale principio è ribadito nel Preambolo della Convenzione contro la Tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, approvata dall'Assemblea dell'ONU a New York il 10 dicembre 1984, ed entrata in vigore il 26 giugno 1987, secondo cui «*il riconoscimento dei diritti uguali ed inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo, riconosciuto che tali diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana*».

²⁷⁷ Nel documento *de quo* la nozione compare in altri due articoli, ossia nell'art. 22, il quale configura i diritti economici, sociali e culturali come «*indispensabili alla [...] dignità ed al libero sviluppo della personalità*» e nell'art. 23, comma 3, il quale afferma il diritto del lavoratore «*ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana*». Sebbene in relazione al Preambolo ed all'articolo 1, la dignità appare connaturata all'essere umano in quanto tale, negli ultimi due articoli menzionati la dignità umana viene indicata nell'ottica dell'orientamento di una nuova generazione di diritti, permettendo a ciascuno di sviluppare le proprie capacità e di inseguire il proprio ideale di vita.

²⁷⁸ Premesso che l'art. 7 del Patto Internazionale ONU sui diritti civili e politici sancisce che «*Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o*

del medesimo documento, il quale prescrive di trattare «*qualsiasi individuo privato della propria libertà [...] con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana*».

Nella stessa direzione si muove anche l'Unione europea che, nella Carta dei diritti fondamentali²⁷⁹ (che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), ha rivolto una particolare attenzione alla dignità umana²⁸⁰, non solo nel Preambolo, ma altresì, nel Titolo I.

A differenza dei documenti fino ad ora richiamati, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) non fa espressa menzione della dignità umana. Esclusivo riferimento è presente

degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico», è opportuno sottolineare in questa sede che il *General Comment n. 20* diffuso dal Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, al fine di interpretare i principi espressi dal Patto afferma «*the aim of the provision of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual*». E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 257-258. V., *supra*, cap. 1, par. 2.

²⁷⁹Con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali, si vedano le riflessioni di F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUZIO, (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 596 ss. Cfr. anche, G. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 15 ss; M. OLIVETTI, *Art. 1. Dignità umana*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 45; R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, 63 ss.

²⁸⁰Nel Preambolo si afferma che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello Stato di diritto. Inoltre, il Titolo I, costituito da cinque articoli, è dedicato, espressamente, alla «*Dignità*». In virtù delle «*spiegazioni*» predisposte dal *Presidium* della Convenzione europea che aveva redatto la Carta e destinate a costituire uno strumento per l'interpretazione delle disposizioni della stessa, sembra che la dignità costituisca il valore fondante dei diritti dell'individuo. Si afferma, infatti, che la dignità della persona umana non sia «*soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali*». Ne deriva, sempre secondo il *Presidium*, che «*nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità umana fa parte della sostanza stessa dei diritti disciplinati*». Essa non può, pertanto, subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto. Le «*spiegazioni*» elaborate dal *Presidium* si spingono oltre rispetto a quanto affermato nel Preambolo della Carta, ove la dignità umana è posta sullo stesso piano di altri valori, quali la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà. Secondo il *Presidium*, infatti, essendo la dignità alla base dei diritti fondamentali, non sarebbe ammissibile alcun bilanciamento o comunque alcuna limitazione della stessa in funzione di una maggior tutela di qualsiasi diritto fondamentale individuato nella Carta.

nell'annesso Protocollo n. 13²⁸¹, il cui Preambolo afferma che «*il diritto di ogni persona alla vita sia un valore fondamentale in una società democratica e che l'abolizione della pena di morte sia essenziale per la protezione di tale diritto e per il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani*». Nonostante il mancato esplicito riferimento alla nozione, la Convenzione fa della tutela della dignità umana uno degli obiettivi principali, emergendo in via generale dal documento nel suo complesso, ed in modo particolare da alcuni suoi articoli, tra cui l'art. 3²⁸², così come interpretato nella giurisprudenza di Strasburgo.

È proprio in questo contesto che si inseriscono le codificazioni costituzionali europee, in cui il tema della dignità ha acquisito una rilevanza come reazione al totalitarismo, alle violenze ed umiliazioni subite in base alla propria fede politica, religiosa ovvero alla natura etnica o razziale. Non è un caso che proprio la Costituzione tedesca sia stata una delle prime Carte costituzionali a codificare il principio nel suo primo articolo («*La dignità della persona è intangibile*»)²⁸³.

Con riguardo all'Italia, la dignità non ricopre quel ruolo cardine che, invece, le riserva la Costituzione tedesca²⁸⁴. Risulta possibile ravvisare un riferimento

²⁸¹ Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, adottato a Vilnius il 3 maggio 2002, l'Italia ne ha disposto l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione con legge 15 ottobre 2008, n. 179

²⁸² M. DI CIOMMO, *op. cit.*, 233 ss; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 164 ss; J. JHONES, *Human Dignity in the EU Charter of Fundamental Rights and its Interpretation Before the European Court of Justice*, in *Liverpool Law Review*, 2012, 285 ss.

²⁸³ Sull'importanza della dignità umana nella Costituzione tedesca, cfr., *ex multis*, V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2/2013, 2; P. BECCHI, *La dignità umana nel "Grundgesetz" e nella Costituzione italiana*, in *Ragion prat.*, 38/2012, 25 ss; F. BERARDO, «*La dignità umana è intangibile*»: il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz, in *Quad. cost.*, 2/2006, 387 ss.

²⁸⁴ Questo spiega il motivo per cui generalmente la dottrina abbia trascurato il tema, generando una lacuna che si è colmata a partire dagli anni Novanta, quando della questione si è iniziato a mostrare un interesse. Sul tema F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, 12 ss; G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ e comm.*, II, 1997, 415 ss; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 818 ss; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit., 343 ss.

esplicito a tale valore fondamentale in almeno tre disposizioni²⁸⁵: nell'art. 3 Cost., secondo il quale tutti i cittadini hanno pari dignità sociale²⁸⁶; nell'art. 36 Cost., in cui la retribuzione del lavoratore deve essere sufficiente ad assicurare a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa; nell'art. 41 Cost., in cui la dignità umana viene individuata quale limite all'iniziativa economica privata. Pare evidente come la nozione, a differenza della Carta fondamentale di Bonn e della Carta di Nizza, non si trovi in apertura solenne della nostra Costituzione. In base alle disposizioni richiamate si sottolinea, quindi, che la dignità assume un ruolo centrale nella tutela non tanto dell'uomo quanto del lavoratore²⁸⁷, per preservarlo da mansioni che possano rivelarsi degradanti o umilianti.

In realtà, accanto al significato sopra richiamato di dignità, ricavabile da previsioni esplicite, è possibile individuare nella Costituzione alcuni termini ed espressioni che ne richiamino implicitamente il concetto. Basti pensare all'art. 2 Cost., secondo cui «*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*», norma che racchiude in sé il principio personalista considerato «*il primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale*»²⁸⁸. Ecco che, in virtù di tale disposizione, la dignità umana si

²⁸⁵Alcuni Autori prendono in considerazione anche l'art. 48 Cost., u.c. quale riferimento esplicito in esso contenuto ai «*casi di indegnità morale indicati dalla legge*», come limitazione del diritto di voto. Cfr., in tal senso, P. F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI, (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 97 ss; P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 33.

²⁸⁶Con riguardo alla «*pari dignità sociale*» ex art. 3 Cost., v., G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma 2011, 196 ss.; D. PROVOLO, *L'identità genetica nella tutela della privacy e contro la discriminazione*, Padova, 2018, 102 ss; M. R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2007, 67 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, *passim*; M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013, 13 ss.

²⁸⁷U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, 119.

²⁸⁸E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in G. CONCETTI, (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982, 695. Cfr., altresì, A. AMORTH, *La Costituzione italiana, (commento sistematico)*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1999, 1085; M. FIORAVANTI, *Costituzione Italiana: art. 2*, Roma, 2017, 1-2; G. ROLLA, *Dignità*, in M. FLORES, (diretto da), *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, vol. I, Torino, 2007, 308; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore*

colora di un significato nuovo e più ampio, meritando la persona umana un assoluto rispetto di per sé. Riprendendo aspetti filosofici di Kantiana memoria che ben esprimono la concezione personalistica, la dignità dell'essere umano può essere ricondotta ad un principio etico per il quale la persona umana non può mai essere trattata solo come un mezzo, ma sempre come «*un fine in sè*», con il conseguente divieto di ogni sua strumentalizzazione²⁸⁹.

Altri riferimenti impliciti al concetto in esame sono ravvisabili in ulteriori articoli della Carta costituzionale. Si pensi all'art. 13 Cost. in materia di libertà personale laddove il quarto comma reprime «*ogni violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà*»; all'art. 27, comma 3 Cost., concernente la funzione della pena, secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato o, ancora, all'art. 32 comma 2 Cost., in tema di trattamenti sanitari obbligatori, laddove si stabilisce che la legge non possa mai violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana²⁹⁰.

Differentemente da quanto possa apparire in base ad una prima superficiale lettura della nostra Carta costituzionale, si può asserire come la dignità trovi, quindi, un fondamento generale nella stessa, a prescindere dai singoli richiami espliciti contenuti nelle disposizioni sopra citate²⁹¹.

E' stato sottolineato dalla dottrina come la dignità umana rappresenti «*l'assoluto costituzionale*», la cui centralità non difetta, né nella nostra, né in altre Carte dei diritti che, per il solo fatto di essere tali «*non possono non prendere atto di siffatto, irripetibile modo di essere della dignità*»²⁹². Il richiamo, talvolta, è il frutto di processi democratici e delle transizioni

costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 10 ottobre 2007, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 14 marzo 2008, 1 ss.

²⁸⁹M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, 30 settembre – 1 ottobre 2007, in <http://www.cortecostituzionale.it>, 1 ss.

²⁹⁰Molto più ampio è l'elenco proposto da F. GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P. CENDON, (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, vol. I, Torino, 2005, 232, che rinviene rinvii impliciti al principio in esame negli articoli 2, 4, 6, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36 e 47.

²⁹¹G. MONACO, *La tutela della dignità umana*, cit., 60.

²⁹²A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo*, cit., 395.

costituzionali caratterizzanti l'Europa orientale (art. 30 della Costituzione polacca²⁹³, art. 12 della Costituzione slovacca²⁹⁴ ed art. 54 di quella ungherese²⁹⁵); altre volte riveste quel ruolo cardine tipico della Costituzione tedesca (art. 1 della Costituzione portoghese²⁹⁶, ma anche altre Carte che, pur non prevedendola nel primo articolo, ravvisano in essa una finalità da perseguire, come l'art. 23 della Costituzione belga²⁹⁷ o un valore fondante, come l'art. 2 della Costituzione svedese²⁹⁸); in alcune Carte compare già nel Preambolo (si pensi, nuovamente, a quella polacca²⁹⁹ e ceca³⁰⁰); ancora, come reazione ai regimi totalitari (*Section 10* della Costituzione spagnola del 1978³⁰¹) ovvero come limite alla tortura e ad ogni altra forma di maltrattamento

²⁹³ Art. 30 della Costituzione Polacca: «*The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities*».

²⁹⁴ Articolo 12 della Costituzione slovacca: «(1) *All human beings are free and equal in dignity and in rights. Their fundamental rights and freedoms are sanctioned, inalienable, imprescriptible and irreversible [...]*».

²⁹⁵ Articolo 54 della Costituzione ungherese: «(1) *In the Republic of Hungary everyone has the inherent right to life and to human dignity. No one shall be arbitrarily denied of these rights [...]*».

²⁹⁶ Art. 1 della Costituzione portoghese «*Portugal is a sovereign Republic, based on the dignity of the human person and the will of the people and committed to building a free, just and solidary society*».

²⁹⁷ Art. 23 della Costituzione belga: «(1) *Everyone has the right to lead a life in keeping with human dignity. (2) To this end, the laws, federate laws and rules referred to in Article 134 guarantee economic, social and cultural rights, taking into account corresponding obligations, and determine the conditions for exercising them [...]*».

²⁹⁸ Art. 2 della Costituzione svedese: «(1) *Public power shall be exercised with respect for the equal worth of all and the liberty and dignity of the individual [...]*».

²⁹⁹ Preambolo della Costituzione Polacca: «*[...] We call upon all those who will apply this Constitution for the good of the Third Republic to do so paying respect to the inherent dignity of the person, his or her right to freedom, the obligation of solidarity with others, and respect for these principles as the unshakeable foundation of the Republic of Poland*».

³⁰⁰ Preambolo della Costituzione ceca: «*We, the citizens of the Czech Republic in Bohemia, in Moravia, and in Silesia, At the time of the restoration of an independent Czech state, Faithful to all good traditions of the long-existing statehood of the lands of the Czech Crown, as well as of Czechoslovak statehood, Resolved to build, safeguard, and develop the Czech Republic in the spirit of the sanctity of human dignity and liberty, As the homeland of free citizens enjoying equal rights, conscious of their duties towards others and their responsibility towards the community, As a free and democratic state founded on respect for human rights and on the principles of civic society, As a part of the family of democracies in Europe and around the world [...]*».

³⁰¹ *Section 10* della Carta costituzionale spagnola: «*The dignity of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, the respect for the law and for the rights of others are the foundation of political order and social peace*».

(art. 7 della Costituzione greca³⁰², art. 95 della Costituzione lettone³⁰³, art. 21 della Costituzione russa³⁰⁴, *Section 7* della Costituzione finlandese³⁰⁵).

Da questa panoramica introduttiva ne discende che il valore costituzionale del rispetto della dignità umana costituisce il presupposto di uno Stato democratico e sociale di diritto. E' proprio nella rinascita dei diritti umani del Secondo Dopoguerra che è «*possibile ritrovare le radici culturali e antropologiche di un'età che cerca di liberarsi per sempre dai fantasmi del passato totalitario*»³⁰⁶. Una delle principali caratteristiche del costituzionalismo del Secondo Dopoguerra è stata, infatti, quella di aver elevato la dignità della persona a categoria di nucleo assiologico della Costituzione e, perciò, a valore giuridico supremo dell'ordinamento e l'aver ottenuto questo effetto in modo praticamente generalizzato ed in ambiti socio-culturali assai differenti. «*Stupisce, infatti, che ordinamenti con tradizioni giuridiche non coincidenti abbiano costituzionalizzato il principio*»³⁰⁷. Ciò si può spiegare con il fatto che si tratta di una nozione generica ed indeterminata, mancando una definizione universalmente condivisa del termine. Sono proprio queste due caratteristiche che permettono di adattarla ai più vari contesti culturali, rendendo possibile un dialogo tra interlocutori che parlano linguaggi divergenti. Grazie alla sua duttilità, «*quindi, se ne rafforza l'attualità*»³⁰⁸.

³⁰² Art. 7 della Costituzione greca: «[...]2. *Torture, any bodily maltreatment, impairment of health or the use of psychological violence, as well as any other offence against human dignity are prohibited and punished as provided by law*[...]».

³⁰³ Art. 95 della Costituzione lettone: «*The State shall protect human honour and dignity. Torture or other cruel or degrading treatment of human beings is prohibited. No one shall be subjected to inhuman or degrading punishment*».

³⁰⁴ Art. 21 della Costituzione russa: (1) *Human dignity shall be protected by the State. Nothing may serve as a basis for its derogation.* (2) *No one shall be subject to torture, violence or other severe or humiliating treatment or punishment. No one may be subject to medical, scientific and other experiments without voluntary consent*».

³⁰⁵ *Section 7* della Costituzione finlandese: «[...]No one shall be sentenced to death, tortured or otherwise treated in a manner violating human dignity [...]».

³⁰⁶ S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 241-266.

³⁰⁷ F. F. SEGADO, *La dignità della persona*, cit., par.1.

³⁰⁸ E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, cit., 13.

1.1 Dignità umana e divieto di tortura

«Qualunque cosa si possa dire della tortura sarebbe meglio tacere. Della tortura è vergognoso e immorale persino parlarne»³⁰⁹. Come è noto, la tortura rappresentava un fondamentale strumento del processo penale medioevale³¹⁰. L'imputato, invero, poteva essere sottoposto ad una tale pratica *ad eruendam veritatem*, per estorcergli una confessione ovvero per costringerlo a rivelare il nome dei correi³¹¹. Nel XVI secolo, momento di massima diffusione del rito inquisitorio, la dottrina ed i giudici ammettevano senza alcuna remora anche la tortura dei testimoni³¹². E' grazie all'Illuminismo³¹³ che si sigilla la tortura

³⁰⁹Questa l'espressione usata in tempi meno recenti, tra gli altri, dal filosofo americano Henri Shue (v. H. SHEUE, *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, 1978, 124) e ripresa dal Prof. Massimo La Torre, quale *incipit* della sua relazione al Convegno tenutosi a Ferrara, nei giorni 9-10 marzo 2018, dal titolo *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*. (v., altresì, D. CASTRONUOVO, *Ad diruendum hostem. Il difficile inquadramento dei trattamenti inumani e degradanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 239). Sul tema, v. altresì, W. TWINING, *Torture and Philosophy*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 52, 1978, 143.

³¹⁰Scomparsa nel periodo altomedioevale, caratterizzato dal ricorso alle prove ordaliche come soluzione alle controversie, la tortura torna sulla scena a partire del XIII secolo, con la diffusione del rito inquisitorio. Si è assistito al passaggio dal «*paradigma processuale caratterizzato da un "ordine isonomico", tipico del dell'ordo iudiciarius elaborato dai canonisti e civilisti nell'età della glossa*» caratterizzato dal rifiuto di ogni forma di violenza fisica o verbale, in quanto inconciliabili con la ricerca della verità e nel quale il giudice non esercitava alcuna supplenza nella prova dei fatti, ad un «*ordine asimmetrico*», tipico del Basso Medioevo. (Cfr., A. GIULIANI, *Prova (fil.dir)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 518-547; ID., *L'ordo iudiciarius medioevale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*, in *Riv. dir. proc.*, XLIII, 3, 1988, 598-614; ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, XII, 2-3, 1986, 81-90). Quest'ultimo modello «*pretende di garantire rapidamente e in ogni caso la decisione sul fatto incerto; ha come fine la difesa della società e la punizione del reo; adatta il metodo probatorio all'idea che esista una sola verità (materiale o formale), con il passaggio da una concezione argomentativa ad una concezione dimostrativa della prova*». Non si può non evidenziare un'incoerenza di fondo del sistema: si ammetteva l'utilizzo della tortura pur riconoscendone, al tempo stesso, la fallibilità conoscitiva dello strumento, l'illogicità euristica, l'inattendibilità probatoria e l'umanità. M. PIFFERI, *Veritas inquisitio per tormenta. Verità, corpo e dolore nella tortura giudiziaria medioevale*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 48-50.

³¹¹Cfr., P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol.I, Milano, 1953 *passim*; G. CHIODI, *Tortura "in caput alterius", confessione "contra alios" e testimonianza del correo nel processo criminale medioevale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, D. MANTOVANI, Pavia, 2014, 673-728.

³¹²L. GARLATI, *Il "grande assurdo": la tortura del testimone nelle pratiche d'età moderna*, in *Acta Histriae*, 19, (1-2), 2011, 81-104.

³¹³Nel Settecento, l'Italia deteneva il primato per la cultura giuridico-filosofica di condanna della tortura (in particolar modo quella giudiziaria) anche se, sul versante normativo, spiccava

entro una sorta di «vaso di Pandora»³¹⁴, che si riteneva chiuso per sempre. Lo stesso Montesquieu si rifiutava di trattare il tema, «disgustato»³¹⁵. La modernità giuridica³¹⁶, rappresentava, quindi, l'affermazione dell'impossibilità discorsiva con riguardo alla tortura³¹⁷. Eppure, si è tornati a discutere sul tema, non per dichiararne la sconfitta, ma per riconoscerle nuova legittimazione, come opzione praticabile «per salvare le sorti di quella stessa civiltà che l'aveva espunta dall'orizzonte»³¹⁸. A seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, quel vaso di Pandora è stato «totalmente scoperto».

per arretratezza (protrattasi fino ai giorni nostri) nel panorama degli Stati europei. Cfr., V. PUGLIESE, *Il recente reato di tortura: antico obbligo costituzionale e internazionale*, in *La giust. pen.*, fasc. 2, 2018, 58.

³¹⁴ M. LA TORRE, *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 17 ss.

³¹⁵ C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di R. DERATHÉ, vol. I, Milano, 1989, 2141.

³¹⁶ Nell'era della tutela dei diritti umani proclamati dalle Convenzioni, la pratica della tortura non poteva che essere destinataria di totale esecrazione. «La narrativa prevalente ci aveva così abituato a una rappresentazione della tortura relegata ai secoli bui, con i terrificanti strumenti conservati nei musei.[...] In altra variante, la tortura è nell'immaginario collettivo associata ai regimi dittatoriali o autocratici[...], pertanto incompatibile con i regimi democratici a matrice liberale». E. ZUCCA, *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni*, in *Studi sulla questione criminale*, XIII, n. 2, 2018, 67.

³¹⁷ La questione tortura non era destinata ad essere posta nel dimenticatoio. Iniziava a riaffiorare con la guerra franco-algerina, che oppose tra il 1° novembre 1954 e il 19 marzo 1962, l'esercito francese e gli indipendentisti algerini e nella quale l'esercito francese fece ricorso alla tortura (V., H. ALLEG., *La Question*, Parigi, 1958, *passim*). Facevano comparsa negli anni Settanta le c.d. «five techniques», ossia metodi di interrogatorio illegali inflitti ai detenuti durante il conflitto nordirlandese nell'Irlanda del Nord del 1971. E' a partire dalla metà degli anni Ottanta che si fa strada l'idea del «diritto penale del nemico», con riferimento al quale, al nemico, non si applicherebbero più le garanzie dello Stato di diritto, potendosi legittimamente infliggere tortura. Con riguardo alla riemersione della questione tortura, cfr., M.S. MOORE, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, 23, 1989, 323. Sullo sfondo del conflitto israelo-palestinese, l'A. ritenne di enfatizzare il ruolo assunto da una circostanza preliminare certa, ovvero che il delinquente o il terrorista «abbia determinato colpevolmente la situazione per cui qualcuno possa venire offeso». Seguendo tale via, egli giunse a concludere che «se arrecare danno a costui è il solo mezzo per evitare la morte o il ferimento di altre persone esposte al rischio dalle sue azioni, la tortura deve essere ritenuta lecita». V., altresì, N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, 27. L'A. profilava uno scenario in cui la tortura fosse autorizzata da giudici internazionali ed eseguita sotto la supervisione di questi mediante camere televisive, giungendo al punto di infrangere il divieto ritenuto assoluto di tortura. Sul diritto e sull'obbligo di torturare al fine di salvare vite umane, cfr., W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit. Eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*, Baden-Baden 2004, *passim*. Per un approfondimento sull'ammissibilità di ricorrere a pratiche di tortura nell'ottica della tutela della sicurezza del cittadino, v., *infra* cap.4.

³¹⁸ E. ZUCCA, *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle convenzioni*, in *Studi sulla questione criminale*, vol.13, 2018, 67.

Nonostante il divieto e la cultura dei diritti umani, se ne sono sperimentate nuove forme, talvolta perpetrate in maniera clandestina (*streaky torture*), altre volte mediante modalità fisiche ovvero psicologiche, variamente denominate (*white torture, clean torture, no touch torture*). Basti pensare alle vicende di Guantanamo o alle pratiche di tortura negli interrogatori dei detenuti all'interno del carcere di *Abu Ghraib*. A partire da tale data si è fatta strada un'autentica psicosi del «nemico» che ha avuto quale effetto, persino tra gli autori di sperimentata fede democratica, quello di riaprire il dibattito giuridico e politico sulla giustificazione della tortura, nei confronti di quei soggetti reputati pericolosi ovvero in possesso di informazioni riguardanti attentati terroristici o in grado di pianificare altre operazioni criminose moltiplicandosi, così, quelle prese di posizione a favore dell'uso del tormento nella «lotta contro il terrore»³¹⁹.

In definitiva, la giustificazione della tortura in nome della sicurezza pubblica e dell'interesse collettivo trova, attualmente, «un rinnovato inquietante slancio»³²⁰.

Occorre ora valutare se sia realmente possibile legittimare pratiche di tortura. Tale considerazione dipende precipuamente dalla qualificazione giuridica della dignità umana³²¹.

In dottrina si controverte se la dignità umana debba essere considerata quale valore assoluto, quindi svincolato dalle logiche del bilanciamento, ovvero quale principio suscettibile di bilanciamento al pari di altri³²². Accade

³¹⁹ S. LEVINSON, *Torture: a collection*, Oxford, 2004, *passim*.

³²⁰ B. PASTORE, *La tortura, lo Stato di diritto, l'abisso dell'eccezione*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 11.

³²¹ In merito alla densità delle implicazioni del termine, ci si limita qui a sparse indicazioni, rinviando, nelle diverse prospettive a, G. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, 15 ss; G. RESTA, *Dignità Persone Mercati*, Torino, 2014, *passim*; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 16; G. REPETTO, *La dignità umana*, cit., 247; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., 92; P. VERONESI, *La dignità umana*, cit., 315.

³²² Approfondiscono la tematica, E. RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *op. cit.*, 12-38; G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2007, 23; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, *Riv. dir. civ.*, 2002, 843-849; A.

frequentemente che nel lessico giuridico si senta parlare di «valori costituzionali» e di «principi costituzionali» come una sorta di endiadi, indicando quegli ideali e quei concetti su cui si fondano le Costituzioni nazionali. La dignità umana incarna proprio uno di tali ideali, padri del costituzionalismo europeo³²³. I due termini, tuttavia, possono essere considerati sinonimi nel linguaggio comune, ma non in quello giuridico, comportando la qualificazione in favore dell'uno o dell'altro conseguenze divergenti.

Secondo una prima impostazione, che pare decisamente preferibile, si ritiene la dignità umana un valore assoluto, kantianamente categorico³²⁴, e perciò, come tale, non passibile di bilanciamento. Non si tratta, invero, della titolarità di un semplice diritto individuale, bensì del fondamento dell'attribuzione di ogni diritto individuale³²⁵. La dignità umana, infatti, rappresenta il fondamento ed allo stesso tempo il limite dei diritti provvisti di esplicito riconoscimento in

TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Dir. e quest. pubb.*, 11/2011, 890-900.

³²³ A. RACCA, *La crisi colpisce i valori? La questione della dignità umana e il caso ungherese*, in *Lessico di etica pubblica*, 5, 2014, 95-104.

³²⁴ Cfr., I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003, *passim*.

³²⁵ Secondo tale impostazione, la dignità umana viene definita talvolta come «*prius*» logico (cfr., *ex multis*, E. CECCHERINI, *La tutela della dignità della persona quale fondamento del divieto di tortura. L'assolutezza dei principi nelle normative costituzionali e convenzionali di fronte al nuovo relativismo delle emergenze. Le indicazioni della L.110/2017*, presentato al Convegno «Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni», Genova, 8-9 febbraio 2018); altre volte come un «*super valore*» (cfr., *ex multis*, D. CATERINA, *La dignità umana quale valore (super) costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 239-273; nello stesso senso, anche se in prospettiva critica, A. TESAURO, *Spunti problematici*, cit., 886); altre volte ancora come un «*meta-valore*» (cfr., *ex multis*, E. MAESTRI, *Genealogie della dignità umana*, *Dir. e quest. pubb.*, 9/2009, 515). Per un'applicazione della dignità umana come *prius logico* nel processo penale, cfr., G. STANZIONE, *Processo penale e dignità dell'uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, 25. Secondo l'A. il *prius logico* che la dignità dell'imputato rappresenta rispetto all'idea stessa del processo sancisce «l'impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminarlo in tutto o in parte dall'ordinamento del processo o di comprimerlo sostanzialmente. La dignità dell'imputato partecipa di quelle stesse caratteristiche che sono riconosciute ai diritti inviolabili primari: è assoluta, originaria, indisponibile, inalienabile, intrasmissibile, irrinunciabile e imprescrittibile; anche di essa si può sancire la indiscutibile superiorità assiologica e, conseguentemente, la sua intangibilità sia da parte dei poteri di modifica o di compressione astrattamente propri del legislatore ordinario e costituzionale, sia ad opera degli altri poteri pubblici. La dignità dell'imputato è la misura di valore delle norme processuali, misura di valore dell'intero processo. È il suo rispetto che impedisce di ridurre la legittimità del processo alla mera legalità di esso che non sempre è sufficiente a tutelare l'imputato dalle molteplici lesioni che possono venire in rilievo».

Costituzione³²⁶. Per tale ragione non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia³²⁷ sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni, e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo. Ne consegue che nessuna limitazione al godimento dei diritti può avere giustificazione se non nella dignità stessa, che è perciò «*fine e confine, a un tempo, di ogni diritto e di tutti assieme*»³²⁸.

L'orientamento appena esaminato ha finito progressivamente per cedere il passo dinanzi ad eventi e realtà dell'esperienza sociale (quali il fenomeno dell'immigrazione e del terrorismo internazionale) che hanno generato, sovente, tensioni e collisioni con alcuni diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, alla questione del ricorso alla tortura allo scopo di evitare la morte dell'ostaggio). Si assiste, quindi, al consolidarsi di una seconda impostazione che ravvisa nella dignità umana un principio che viene, di volta in volta, bilanciato con altro e/o altri interessi e che, a seconda della situazione concreta, talvolta prevale su e talvolta soccombe ad esso/i, cedendo il passo ad un altro interesse maggiormente meritevole di considerazione in una data esperienza giuridica.

Si pensi alla contrapposizione tra il rispetto della dignità ed il diritto alla sicurezza che emerge dinanzi alle nuove forme di terrorismo³²⁹.

In ragione dell'ultima impostazione analizzata, al fine di superare la tensione tra il principio in esame e l'interesse collettivo alla sicurezza, occorre effettuare un bilanciamento tra il primo ed il secondo³³⁰. Atteso il particolare stato di

³²⁶ Cfr., D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012, 144; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 ottobre 2018, 10 ss.

³²⁷ L'immagine della bilancia di deve a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale*, *passim*; ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubb.*, 1/2014, 3 ss.

³²⁸ A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo*, cit., 397.

³²⁹ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI, (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 42.

³³⁰ Sul punto cfr., A. TESAURO, *Spunti problematici*, cit., 899, il quale, si mostra particolarmente critico con riferimento alla sottrazione della dignità umana dal giudizio di bilanciamento, non potendosi utilizzare il «*topos della dignità come passe partout buono per risolvere quasi ogni situazione applicativa*» (Nello stesso senso, v., G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 559. «*Il principio della dignità umana ha già parlato e sistema*

eccezione, l'esito del giudizio di bilanciamento può propendere a favore della prevalenza del diritto alla sicurezza della collettività sulla dignità umana, giustificandosi, così, il ricorso alle più svariate pratiche di tortura. Ecco che, in tale contesto, il *topos* della dignità umana diviene un argomento «*per*» la tortura e non più «*contro*» la tortura³³¹.

Quanto esposto porta a riflettere sulle tematiche dello stato di emergenza e del «*diritto penale del nemico*»³³². Sono proprio questi i temi che rischiano di far perdere di vista al legislatore, ai giudici ed alla forza pubblica l'importanza del ruolo rivestito dai valori cardine dell'ordinamento, quale è la dignità umana. A

tutto. Il risultato è un'argomentazione [...] che non fa progressi). Secondo il primo autore citato in nota, «la linea di tendenza a più riprese riemergente nella prassi legislativa e giudiziaria sembra, [...] andare spesso nella direzione di una ipervalorizzazione politicocriminale e interpretativo-applicativa del bene dignità, visto come una categoria rassicurante, 'quietista' e, in fondo, deresponsabilizzante, come un Universale Assoluto che esonera da ogni possibile sforzo di concretizzazione-relativizzazione condotto in rapporto alla costellazione dei diversi interessi in gioco e alle correlative diverse tipologie casistiche prospettabili in concreto». Tra gli studiosi che considerano la dignità soggetta a bilanciamento v., M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassato. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 1060 ss; ID., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 84-93; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

³³¹ C. PRITZWITZ, *La tortura in situazioni di assoluta necessità ed emergenza (Rettungsfolter): occasione per una nuova valutazione della tortura?* in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 182.

³³² F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 484. Limitandosi alla citazione dei lavori pubblicati in lingua italiana, Cfr., G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di) *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 109 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI, (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 3 ss. Cfr., altresì, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 13 ss; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI, (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 19-73; ID., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., 735 ss; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, Milano, 2008 161 ss; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 ss; A. PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione Giustizia*, 2006, n. 4, 666 ss, F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 140.

seguito della spinta emergenziale, ci si allontana sempre più da una finalità rieducativa delle pene, in quanto le stesse tendono ad avere una funzione neutralizzatrice del reo e vengono meno tutte quelle garanzie tipiche del processo penale, assistendosi all'attribuzione dei poteri coercitivi all'esecutivo e non più ad un soggetto terzo rispetto alle parti in causa (c.d. degiurisdizionalizzazione)³³³. Si assiste, insomma, ad un sistema molto distante dal diritto penale classico, in cui la sicurezza non rappresenta più un obiettivo da raggiungere³³⁴, ma diviene un nuovo bene giuridico da tutelare.

A seconda dell'orientamento cui si aderisce, quindi, si possono configurare conseguenze divergenti sul piano giuridico.

Un'applicazione pratica delle due impostazioni sopra richiamate, gravitanti attorno alla dignità umana, è rappresentata dallo scenario del *ticking bomb*: in esso si prospetta la cattura da parte della polizia di un terrorista, che conosce il luogo in cui è sistemata una bomba ad alto potenziale che esploderà entro breve tempo nella città, causando numerose vittime (centinaia, migliaia, o più). L'unico modo per ricavare le informazioni sulla localizzazione della bomba è torturare il prigioniero che non collabora. Si pensi, altresì, al dibattito pubblico e scientifico sviluppatosi in Germania a partire dal rapimento di un bambino di dieci anni nel 2002 a Francoforte ed a seguito del quale la polizia francofortese aveva minacciato il sequestratore in stato di arresto di far uso della tortura, a seguito del rifiuto, da parte di quest'ultimo, di rivelare il luogo in cui era nascosta la vittima.

Qualora si ritenesse giustificabile la teoria del bilanciamento, risulterebbe del tutto ammissibile e lecito torturare il prigioniero, rinnegando la sua dignità, arretrando quest'ultima sullo sfondo. A parere di chi scrive, però, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse di legalizzare pratiche di tortura in situazioni eccezionali per salvare la vita delle possibili vittime di strage, o per salvare una persona sequestrata, sarebbe inopportuno attribuire alla dignità umana un ruolo

³³³ R. BARTOLI, *op. cit.*, 22 ss.

³³⁴ A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2009, 43, ss; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3559 ss.

marginale, risultando sempre la stessa un punto di partenza³³⁵. Si determinerebbe, invero, la necessità di comprendere, in primo luogo, quale dignità debba avere preminenza: quella del reo, ossia di chi mette in pericolo gli altri o quella della vittima (di chi è messo in pericolo) e, solo secondariamente, di effettuare un bilanciamento tra dignità e sicurezza. Ecco che, anche secondo tale concezione, la dignità umana ritornerebbe, indirettamente, ad acquisire ruolo cardine, pur ravvisandosi una *sub* categoria di persone. La dignità dell'essere umano carnefice, infatti, risulta essere una dignità più attenuata rispetto alla dignità delle vittime o potenziali vittime, legittimandosi così, nei confronti del primo, pratiche di tortura³³⁶.

E' chiaro che uno Stato di tale tipo che consentisse di ricorrere alla tortura in casi eccezionali, sia pure ben delimitati, «*non potrebbe mai affermare che, nell'ambito dell'applicazione delle sue leggi, valga il divieto di tortura*»³³⁷.

L'applicazione del primo orientamento, invece, alla questione del «*se possa ritenersi legittimo torturare in casi particolari di estrema urgenza il prigioniero che non collabori per ottenere preziose informazioni volte ad evitare, ad esempio, una strage*», determina necessariamente una risposta negativa. Ciò in quanto la dignità viene considerata come un *Universale assoluto*, un *prius logico*, un *super valore* che deve valere sempre e senza eccezioni. Come le fonti sovranazionali insegnano, il divieto di tortura è assoluto. Legittimare tali pratiche trasformerebbe detto divieto «*in un pio desiderio, di ricercare una giustizia del caso concreto*»³³⁸, ledendo le garanzie tipiche di uno Stato di diritto.

³³⁵E. CECCHERINI, *La tutela della dignità della persona quale fondamento del divieto di tortura. L'assolutezza dei principi nelle normative costituzionali e convenzionali di fronte al nuovo relativismo delle emergenze. Le indicazioni della L.110/2017*, presentato al Convegno «Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni», Genova, 8-9 febbraio 2018.

³³⁶ Si assiste ad una «scoperta» della dignità umana della vittima del reato. Il dovere dello Stato «di prevenire i pericoli e di reprimere i reati muta in un atto di "precauzione" per la dignità umana della vittima» C. PRITTWITZ, *La tortura in situazioni di assoluta necessità ed emergenza (Rettungsfolter): occasione per una nuova valutazione della tortura?* In L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 190.

³³⁷ *Ibidem*. La predilezione, nella società attuale, per i bilanciamenti dei principi e diritti in gioco ha indebolito sempre più l'originario tabù della tortura.

³³⁸ *Ivi*, 191.

Secondo quest'ultima impostazione, costituendo la dignità il nucleo intangibile della persona umana, un «*prius logico*», essa non può essere compressa né dai poteri pubblici, né nelle relazioni tra privati. Il suo riconoscimento si traduce nel divieto assoluto di prevedere e di porre in essere comportamenti degradanti l'essere umano. Condividendo tale assunto, potrebbe trovare una giustificazione nell'essenza stessa della dignità umana la presenza di un delitto di tortura quale reato comune, nonostante le fonti sovranazionali, ed in particolar modo la Convenzione Onu contro la tortura del 1984, lo definiscano come reato proprio, in cui la condotta sia posta in essere da chi eserciti una funzione pubblica.

Il riferimento alla dignità umana, quale nucleo intangibile della persona umana, consente di chiarire un'altra importante questione, ossia la collocazione sistematica del delitto di tortura nel codice penale. Nel nostro ordinamento viene inserito tra «*I delitti contro la libertà morale*»; in quello spagnolo la disposizione è collocata nel Titolo VII rubricato «*Sulla tortura ed altri delitti contro l'integrità morale*», in quello francese è inserito come un delitto in danno alla persona umana, contemplato nella prima sezione («*Degli attentati volontari all'integrità della persona*») del capitolo II («*Degli attentati all'integrità fisica o psichica della persona*»); in Germania nel capitolo XVIII «*Offese contro la libertà personale*». Ciò sottolinea come il bene tutelato in via principale non risulti essere esclusivamente l'integrità fisica della vittima. «*La tortura è qualcosa di più di una semplice, ancorché violenta, aggressione alla fisicità della persona che la subisce, implicando la lesione di una pluralità di interessi che peraltro trascendono anche il singolo e che investono un concetto di dignità che è espressione dell'insieme di valori su cui poggia l'intero ordinamento democratico*»³³⁹. La circostanza, quindi, che nel nostro ordinamento il bene giuridico tutelato sia la libertà morale e che la disposizione

³³⁹E. SCAROINA, *op. cit.*, 259. Sulla testimonianza dell'insostenibile percezione di annullamento della propria umanità e dignità a seguito delle pratiche di tortura, v., J. AMÉRY, *Intellettuale a Aushwitz*, trad. E. GANNI, Torino, 2011, *passim*; D. DI CESARE, *Tortura*, Torino, 2016, 92-96; J. P. SARTRE, *Morti senza tomba*, Milano, 1966, 63-64; S. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016, 79.

non sia inserita tra i delitti contro l'integrità fisica, come invece si auspicava in alcuni disegni di legge³⁴⁰, pare una scelta giustificata alla luce del valore fondamentale della dignità umana.

2. Un divieto costituzionalmente imposto

*«All'interno di uno Stato costituzionale di diritto la sola valuta ad avere corso legale è quella che, da un lato, vieta incondizionatamente la tortura e, dall'altro, obbliga a punire penalmente ogni pratica. Sono le classiche due facce della stessa moneta»*³⁴¹.

Con riguardo *«al primo lato della moneta avente corso legale»*³⁴², l'imperativo legislativo di vietare la tortura, prima ancora che nei Trattati e nelle Convenzioni ratificate dall'Italia³⁴³, sorge con la Costituzione del 1948³⁴⁴. Pur consentendo l'utilizzo della forza, la nostra Carta costituzionale vieta qualunque forma di violenza sia in sede cautelare, punendo genericamente qualunque violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a qualunque forma di restrizione della libertà³⁴⁵, in virtù dell'art. 13 comma 4 Cost.; sia in sede di esecuzione della pena *ex art.* 27 comma 3 Cost., stabilendo che le pene non

³⁴⁰ V., *infra*, par. 4.

³⁴¹ A. PUGIOTTO, *La disciplina della legge n. 110 del 2017 di fronte agli obblighi costituzionali e convenzionali. Criticità costituzionali, interpretazioni adeguatrici e concrete prospettive di eccezioni di legittimità*, presentato al Convegno «Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni», Genova, 8-9 febbraio 2018; ID., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2018, 389 ss; ID., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 79 ss.

³⁴² A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. ult. cit.*, 79 ss.

³⁴³ Il precipuo riferimento è alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, ratificata dall'Italia con Legge 3 novembre 1988, n.489, il cui art. 1 prevede espressamente il divieto di tortura ed il cui art. 4 ne prescrive l'obbligo di incriminazione.

³⁴⁴ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2014, 2, 143.

³⁴⁵ Nel testo costituzionale le libertà non viene definita, ma è colta nelle sue molteplici estrinsecazioni. V., AA.VV., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, IV ed. Torino, 2017, 258; M. AINIS, *Titolo I*, in AA.VV., *La Costituzione e la Bellezza*, Milano, 2016, 251-252.

possano consistere in «trattamenti contrari al senso di umanità»³⁴⁶ e debbano «tendere alla rieducazione del condannato»³⁴⁷; sia, infine, in sede di trattamenti sanitari obbligatori *ex art.* 32 comma 2 Cost³⁴⁸.

Alle norme costituzionali sopra richiamate, si sono aggiunte, nel corso del tempo, le disposizioni di provenienza sovranazionale, la cui ratifica da parte dell'Italia rappresenta un «atto dovuto»³⁴⁹, un «dovere di coerenza costituzionale»³⁵⁰, in virtù del vincolo di rispettare gli obblighi internazionali *ex art.* 117 comma 1 Cost. e di adeguare l'ordinamento interno alle consuetudini internazionali *ex art.* 10 comma 1 Cost. Risulta, quindi, evidente come il divieto sia previsto dalla Carta costituzionale, anche in virtù del richiamo che la stessa opera nei confronti degli obblighi internazionali pattizi e consuetudinari, qualificando gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione come obblighi costituzionali di penalizzazione^{351 352}.

³⁴⁶Sul principio di umanizzazione della pena, per tutti, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, spec., 35 ss.

³⁴⁷Per un approfondimento, v., AA.VV., *La Costituzione della Repubblica illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 99.

³⁴⁸Le sofferenze fisiche o morali causate dalla tortura e dai trattamenti inumani e degradanti compromettono, in maniera temporanea o definitiva, il benessere psicofisico di chi le subisce. Sul tema, cfr. M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 165 ss. Tale richiamo al diritto alla salute è di notevole importanza, dal momento che si tratta dell'unico diritto che la Carta costituzionale definisce espressamente come «fondamentale». Cfr., altresì, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.

³⁴⁹A. PUGIOTTO, *La disciplina della legge n. 110 del 2017 di fronte agli obblighi costituzionali e convenzionali. Criticità costituzionali, interpretazioni adeguatrici e concrete prospettive di eccezioni di legittimità*, presentato al Convegno “Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni”, Genova, 8-9 febbraio 2018.

³⁵⁰A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 133.

³⁵¹Sul tema cfr., F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, *passim*; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e [Corte EDU]*, in *Leg. pen.*, fasc. 1, 2006, 171 ss; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, *passim*; S. MANACORDA, “Dovere di punire?” *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss, che suddivide tali obblighi di tutela penale in obblighi di incriminazione, divieti di depenalizzazione e obblighi procedurali; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 167 ss; V. MANES, *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in G. GIUDICELLI DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT, (a cura di), “*Devoir de punir*”. *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, in *Société de législation comparée*, vol. 32, Parigi, 2013, 79 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 171 ss; F. TRIONE, *Divieto e crimine di*

Con riguardo «*all'altra faccia della moneta*», se la Costituzione si limitasse a vietare la tortura senza prevedere un obbligo di criminalizzarla, si potrebbe ritenere la stessa come una sorta di «*arma scarica*»³⁵³, che individua un divieto senza poi introdurre alcun obbligo di repressione penale. La tortura, infatti, viene ritenuta «*l'unico delitto costituzionalmente necessario*»³⁵⁴. Pur non essendo la Costituzione italiana l'unica a sancire il divieto in esame, essa è la sola a formularlo in «*senso repressivo e non meramente interdittivo*»³⁵⁵. Il

tortura nella giurisprudenza internazionale, Napoli, 2006, 24; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Vol. IV, 2011, 2645-2704; ID., *Diritto penale sostanziale e Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, spec., 60 ss.

³⁵²Tale constatazione dimostra che il tema dei vincoli positivi di tutela penale vada rimediato «*alla luce dei grandi mutamenti tellurici che hanno interessato lo scenario giuridico dalle fondamenta, alterando la classica fisionomia della gerarchia delle fonti*». G. DE SALVATORE, *L'incidenza degli atti tipici di tortura sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'Assise di Lecce*, in *Cass. pen.*, 12, 2017, 4548.

Cfr., altresì, V. MANES, *Principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 839, il quale riferisce di una contaminazione del tessuto costituzionale da parte delle fonti sovranazionali che hanno contribuito a porre le garanzie fondamentali in materia penale al centro di un «*network multilivello*» e di uno scenario di «*eupeismo giudiziario*». L'apertura dell'Italia alle fonti dell'ordinamento internazionale ed europeo rappresenta l'inizio di un nuovo capitolo nell'evoluzione della scienza penalistica, la quale se un tempo appariva ad un'illustre dottrina come una «*Cina imperiale*» arroccata dentro le sue stesse mura (così M. S. GANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, n.1, 1973, 179-274), oggi deve fare i conti con un intricato reticolo di centri di produzione di norme che altera la tradizionale fisionomia della gerarchia delle fonti finendo per collocare l'interprete a dimensione assai complessa, paragonabile metaforicamente ad un «*labirinto*». V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*.

³⁵³V., A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 149.

³⁵⁴P. GONNELLA, *Un reato fantasma ma l'unico chiesto dalla Costituzione*, in *Il Manifesto*, 18 maggio 2012, 6. Come ritenuto dall'A., in quanto costituzionalmente necessaria, la legge introduttiva del reato di tortura è da ritenersi sottratta a *referendum* abrogativo popolare, ex art. 75, comma 2, Cost., anche in ragione della natura internazionalmente obbligatoria del nuovo crimine.

³⁵⁵G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura. Ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, M. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 363. Secondo l'A. la concezione meramente interdittiva del divieto di tortura, di derivazione illuministica, si esaurisce nell'espressione «*è vietata la tortura*»; quella repressiva, invece, rappresenta un'evoluzione naturale di quella precedente e si iscrive in un contesto in cui la tortura è già stata resa illegale e si pone il problema di far rispettare il divieto con efficaci misure repressive nei confronti dei trasgressori passando, così, dall'espressione «*la tortura è vietata*» a «*la tortura è vieta e punita*». A seconda della concezione cui si aderisce, ne discendono due differenti problematiche. Con riguardo alla teoria interdittiva, si pone il problema «*di Stati che, pur avendo accettato, in linea generale, di fare a meno della tortura, hanno previsto delle eccezioni alla regola*»; con riferimento alla seconda concezione, «*si pone il problema della violazione del divieto da parte di agenti della funzione pubblica e della sua adeguata ed efficace repressione, senza la quale il divieto è di fatto ineffettivo*». In virtù

riferimento è, ancora una volta, all'art. 13 comma 4 Cost., disposizione che rappresenta l'espressa presa di posizione dei costituenti, i quali hanno individuato nell'unico bene della dignità ed integrità fisica e morale delle persone sottoposte a restrizioni di libertà, un'effettiva necessità di tutela mediante la criminalizzazione di comportamenti lesivi³⁵⁶. L'obbligo specifico rivolto al legislatore di punire pratiche di tortura risiede, difatti, nell'espressione «è punita»^{357 358}. Il dovere di criminalizzazione in esame trova una spiegazione nella circostanza che la tortura non è un delitto qualsiasi, ma costituisce un vero e proprio «furto di umanità»³⁵⁹, annichilendo ed

dell'art. 13 comma 4 Cost., non ci si limita più a sostenere che la tortura sia vietata (concezione interdittiva), bensì si afferma che essa debba essere punita (concezione repressiva), «con una perentorietà che non si trova in altra formula costituzionale». M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 891-896. V., altresì, V. PUGLIESE, *Il recente reato di tortura*, cit., 58.

³⁵⁶D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 487. Ad una prima lettura del disposto costituzionale, si potrebbe incorrere nell'errore di ravvisare, quali unici destinatari, i pubblici ufficiali che svolgono la propria attività nei luoghi di detenzione. In realtà si è riconosciuto un diritto costituzionale a non subire tortura, avente un ambito applicativo molto ampio, non riconducibile unicamente all'ambito carcerario, ma un diritto vero e proprio appartenente alle persone private in tutto o in parte della propria libertà personale. G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, 2. Si impone, quindi, allo Stato di punire genericamente ogni espressione di violenza posta in essere su individui ristretti in qualunque modo nella loro libertà. «Si pensi, a titolo di esempio, agli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (O.P.G.), ora denominati Residenza Esecuzione Misure di Sicurezza (R.E.M.S.)». J. M. RAMPONE, *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?* in *Osservatorio Cost.*, 3/2017, 4.

³⁵⁷La scelta di formulare in senso punitivo il comma 4 dell'art. 13 Cost. è spesso oggetto di scarsa attenzione. Si tratta di una scelta che, peraltro, è stata compiuta solo a seguito di un acceso dibattito in seno all'Assemblea Costituente, a causa delle resistenze da parte dei fautori della concezione meramente interdittiva della tortura. In Assemblea si propose di eliminare il quarto comma dell'art. 13, ma anche di sostituire l'espressione «è punita» con «è vietata» o «è repressa». In realtà, poi, si mantenne la sua formulazione originaria: l'On. Tupini (seduta Assemblea Costituente del 10 aprile 1947) ritenne che nell'affermazione di punizione vi fosse implicito il concetto di repressione come quello di divieto; per cui le parole «è punita» significano «è vietata ed è repressa con punizione». L'Assemblea preferì tuttavia «è vietata», ma in sede di coordinamento finale il Comitato dei 18 ripristinò «è punita», senza che sorgessero altre obiezioni. Cfr. J. M. RAMPONE, *Reato di tortura*, cit., 3.

³⁵⁸Come rilevato in una pronuncia di merito del Giudice istruttore di Firenze, la «norma non si limita a sancire un elementare principio di civiltà giuridica, ma contiene anzi una precisa direttiva per il legislatore ordinario. [...] Dicendo "è punita" si dice, infatti, "deve essere punita"». Giudice istruttore Firenze, 8 giugno 1981, in *Giur. cost.*, 1981, II, 1549.

³⁵⁹A. ZAMPERINI, V. SIRACUSA, M. MENEGATTO, *Accountability and police violence: A research on account to cope with excessive use of force in Italy*, in *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2017, 172-183.

annientando corpi ed anime³⁶⁰ e martoriando, più in generale, anche la dignità dell'essere umano, facendo retrocedere la persona a condizione di *res nullius*³⁶¹. Non solo, però, con riguardo all'art. 13 comma 4 Cost., era possibile ravvisare il debito dell'Italia rispetto all'obbligo di criminalizzare la tortura. Il dovere di sanzionare penalmente condotte inumane nei confronti di individui particolarmente deboli era previsto, altresì, nelle Convenzioni internazionali cui l'Italia è stata tenuta ad adeguarsi ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost.³⁶². In particolare gli Stati, in virtù delle fonti sovranazionali, hanno un duplice dovere: quello di criminalizzare fatti di tortura e quello di stabilire sanzioni adeguate, garantendo una applicazione in concreto delle stesse^{363 364}. A tal

³⁶⁰ Pur non vendendo menzionata esplicitamente, è evidente come la tortura rappresenti una forma di violenza morale e fisica. La libertà personale non si esaurisce nel diritto degli individui a non subire coercizioni fisiche, ma ricomprende anche la libertà morale e l'integrità della propria coscienza, intesa come libertà da ogni forma di coazione della volontà e della psiche della persona. Cfr., P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, II, Bologna, 1984, 111 ss.; P. F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione ed obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205; M. L. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2, 2012, 592 ss.

³⁶¹ Alcuni autori paragonano la tortura ad un «*totalitarismo in miniatura*». V., D. LUBAN, *Torture, Power and Law*, Cambridge, 2014, *passim*; M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura*, cit., 9; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op.cit.*, 83.

³⁶² L'art. 117 si riferisce al «rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» *tout court*. Sul punto sembra opportuno riprodurre una ricostruzione dottrinale che distingue tra una lettura aperta ed una semi-chiusa del riferimento ai suddetti obblighi. I sostenitori della prima ritengono che l'art. 117 comma 1 Cost. si debba riferire a qualsiasi norma internazionale pattizia; i fautori della seconda, facendo riferimento alla giurisprudenza costituzionale (in particolare alle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 della Consulta), attribuiscono una posizione peculiare alla CEDU ed alle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani, proprio in virtù del loro oggetto, qualificabile in termini di tutela uniforme dei diritti fondamentali. Le norme della CEDU e quelle contenute nei trattati internazionali che consacrano valori essenziali di civiltà e prescrivono principi primari nell'ambito dei diritti e delle libertà fondamentali assumono, quindi, il rango di fonti interposte, subordinate alla Costituzione, ma prevalenti rispetto alle fonti aventi valore di legge, non potendo essere tale ruolo assunto da qualunque fonte convenzionale, come ritenuto dai sostenitori della dottrina «aperta». Orbene, in virtù della maggioritaria e preferibile teoria semi-chiusa, occorre chiedersi come debbano essere considerati quegli strumenti internazionali che prevedano l'obbligo di disciplinare in una fattispecie *ad hoc* il delitto di tortura. Per quanto interessa in questa sede, la materia oggetto di tutela sia nella CEDU che nella CAT risulta la medesima, ossia la tutela e la salvaguardia del fondamentale diritto all'integrità fisica e psichica della persona umana da violente aggressioni rappresentate dalla tortura e dai trattamenti inumani e degradanti. Pertanto assumono il medesimo rango di norme interposte e l'apertura internazionale del nostro Paese nei loro riguardi impone di garantirne il rispetto al massimo livello possibile.

³⁶³ D. M. SANTANA VEGA, *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 49; E. SCAROINA, *op. cit.*, 218.

riguardo è opportuno riferirsi all'art. 4 della Convenzione ONU del 1984, secondo cui il primo paragrafo prevede che ogni Stato Parte debba provvedere «*affinchè qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura*» ed il secondo paragrafo stabilisce che per tali reati siano stabilite pene adeguate, che ne prendano in considerazione la gravità³⁶⁵. La medesima Convenzione prevede, all'art. 16, analogo dovere imposto agli Stati in relazione «*agli altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura quale definita all'articolo 1, qualora siano compiuti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso a tacito*»³⁶⁶.

³⁶⁴Tra i primi strumenti a prevedere obblighi espressi di costituzionalizzazione si ricordino, nell'ambito del diritto umanitario, le Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949 ed i due Protocolli addizionali del 1975; la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948, che all'art. 3 impone la criminalizzazione della tortura inflitta allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (inquadrata tra le condotte genocidiarie dall'art. 2 § 1 lett. b); la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956, che all'art. 5 richiede siano assoggettate a pena, specifiche forme di tortura (ovverosia le mutilazioni, le stigmatizzazioni e le altre marcature di persone in condizione servile al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, che all'art. 5 contempla un obbligo di incriminazione della tortura laddove la stessa sia inflitta sulla base di ragioni discriminatorie; la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o ad altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti, adottata *per consensus* dall'Assemblea generale il 9 dicembre del 1975 a New York.

³⁶⁵La ratifica della Convenzione era stata preceduta dalla legge di autorizzazione del 3 novembre 1988 n. 498 che conteneva l'ordine di esecuzione per le norme convenzionali già esaustive e direttamente introdotte nell'ordinamento italiano. La legge ha introdotto un'unica norma specifica ulteriore, relativa alla giurisdizione del giudice italiano (art. 3); non ha invece introdotto il reato di tortura, né ha fissato le relative pene. L'Italia, inoltre, con la successiva legge n. 195 del 9 novembre 2012, ha ratificato il Protocollo opzionale alla Convenzione ONU, in virtù del quale ogni Stato Parte si impegna «*ad adottare misure effettive per prevenire gli atti di tortura*».

³⁶⁶A garanzia dell'effettività delle sopra richiamate disposizioni della Convenzione contro la tortura si ricordino, altresì, l'art. 12 e 13 della stessa. La prima stabilisce che le autorità competenti procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale ogniqualvolta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione. La seconda, invece, prevede che «*ogni Stato Parte assicura ad ogni persona che affermi di essere stata sottoposta a tortura in un territorio sotto la sua giurisdizione il diritto di sporgere denuncia dinanzi alle sue autorità competenti, che procederanno ad un esame immediato ed imparziale della causa. Saranno presi provvedimenti per assicurare la protezione del denunciante e dei testimoni da qualsiasi maltrattamento o intimidazione causati dalla denuncia sporta o da qualsiasi deposizione*». E' opportuno richiamare l'attenzione, altresì, all'art. 14, che sancisce in capo alla vittima di tortura «*il diritto di ottenere riparazione e di*

Anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura aveva, a più riprese, affermato la necessità dell'incriminazione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti attraverso la previsione di norme penali effettive e nei suoi rapporti periodici sulla situazione italiana aveva ripetutamente lamentato la mancanza di una norma incriminatrice *ad hoc* e, al tempo stesso, denunciato l'inadeguatezza delle fattispecie ordinarie a reprimere adeguatamente gli episodi di tortura e le fattispecie ad essa limitrofe.

Bisogna, quindi, riconoscere alla Convenzione ONU contro la tortura del 1984 il «fondamentale punto di riferimento nel panorama degli strumenti internazionali volti alla repressione penale della tortura e delle condotte ad essa assimilabili»³⁶⁷. Non si possono, tuttavia, trascurare i più recenti approdi della giurisprudenza della Corte EDU, la quale, sulla base della sintetica disposizione di cui all'art. 3 CEDU, ha elaborato *obblighi di tutela penale*, comprendenti sia l'incriminazione delle pratiche costituenti tortura³⁶⁸, sia l'irrogazione di sanzioni penali deterrenti³⁶⁹ che l'effettività delle stesse. In

essere risarcita equamente ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile», prevedendo altresì che, in caso di morte della stessa a seguito di atti di tortura, gli aventi causa abbiano diritto a un risarcimento. Particolarmente interessante, al fine di garantire la completa riabilitazione della vittima di fatti di tortura, è l'art. 15 della medesima Convenzione, il quale dispone la non utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute tramite tortura, salvo nel procedimento intentato nei confronti del sospetto autore degli atti di tortura. La posizione di particolare rilievo che la Convenzione in commento occupa nell'ambito degli strumenti sovranazionali che prevedono obblighi di tutela penale discende, altresì, dall'istituzione, ad opera degli artt. 17 ss., di un organismo deputato al controllo del rispetto, da parte degli Stati firmatari, degli impegni assunti con la ratifica della Convenzione medesima: il Comitato contro la tortura. (Per un approfondimento delle sue funzioni, v., A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999, 252 ss; G. CONSO, A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001, 310-311; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005, 119; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, 42; M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, 317.

³⁶⁷ A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., 27

³⁶⁸ V., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 novembre 2015, *Myumyun v. Bulgaria*, ric. n. 67258/13 par. 77; Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884/11, par. 243, 246.

³⁶⁹ A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., 27: «Nella prospettiva della Corte EDU la sanzione penale è, dunque, l'unica ritenuta in grado di rendere i core rights sanciti dalla CEDU non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi». V., Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1294.

particolare, tra gli obblighi positivi che ne discendono, vi è non solo quello di introdurre nell'ordinamento interno il delitto di tortura, bensì anche quello di fornire alla vittima una tutela che sia effettiva, mediante la concreta punizione del responsabile della violazione; tra quelli negativi, vi è il divieto di applicazione di norme penali di favore che indebitamente restringano l'area del penalmente rilevante, quali le cause di giustificazione e le cause di non punibilità.

In un ordinamento come il nostro, governato dal principio di legalità *ex art. 25* comma 2 Cost., l'efficacia dell'obbligo costituzionale di criminalizzazione sopra enunciato, possiede una forza vincolante in relazione alle scelte effettuate in concreto dal legislatore, risultando evidente l'irrilevanza di tali obblighi nell'ordinamento giuridico italiano nell'ipotesi di omessa attuazione totale o parziale da parte del potere legislativo³⁷⁰. La stessa Corte costituzionale ha sempre fatto un passo indietro, non potendosi sostituire al legislatore in una prospettiva in *malam partem*, nella previsione di nuove norme incriminatrici³⁷¹³⁷². La posizione della Corte è decisamente salda nell'ammettere il sindacato su norme penali di favore, purché ciò non si risolva in una surrettizia creazione di nuove disposizioni incriminatrici o, ancora, in un ampliamento o aggravamento di figure di reato già esistenti, con ricadute

³⁷⁰ E' stato sottolineato da autorevole dottrina che, «non più l'intervento penale, bensì il suo ritrarsi o comunque la sua mancata previsione vengono denunciati come in contrasto con i principi costituzionali». V. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 484-485.

³⁷¹ Come è noto, infatti, a partire dalla sentenza n. 148/1983, la Corte costituzionale ha riconosciuto progressivamente un proprio sindacato sulle leggi penali di favore, ma non la possibilità di prendere posizione contro l'omessa previsione di una norma incriminatrice ovvero contro una norma che non preveda un'adeguata risposta sanzionatoria rispetto alla condotta posta in essere dal soggetto agente.

³⁷² L'art. 25, comma 2, Cost. attribuisce al Parlamento il monopolio esclusivo del potere punitivo dello Stato, in quanto solo il procedimento legislativo è in grado di attribuire alla sanzione penale la piena legittimazione democratica di cui è costituzionalmente bisognosa. Nel caso di *deficit* originari di criminalizzazione, la Corte costituzionale continua a dichiararsi incompetente ad intervenire, dal momento che nessun principio costituzionale potrebbe autorizzare la Corte a colmare lacune di punibilità. Il controllo riservato alla stessa ha come sbocco unicamente l'invalidazione di scelte di criminalizzazione o sanzionatorie già compiute dal legislatore ordinario per contrasto con qualsivoglia principio costituzionale ovvero l'invalidazione di noma che sottragga determinate sottoclassi di condotte al raggio applicativo di norme incriminatrici già previste dal legislatore. Il principio di legalità impedisce, quindi, alla Corte di creare *ex novo* fattispecie penali o di inasprirne il trattamento sanzionatorio.

sfavorevoli sull'imputato³⁷³. Il limite invalicabile è sancito dal principio di stretta legalità - *sub specie* riserva assoluta di legge - che traccia i confini tra i poteri dello Stato³⁷⁴. Pur ribadendo la primazia e l'attualità di tale principio fondamentale, non si può far a meno di notare come l'inflessibilità di tale limite al sindacato di legittimità sulle norme penali favorevoli abbia conosciuto, nel tempo, un'importante evoluzione giurisprudenziale, che ne ha via via smussato l'originaria impermeabilità a qualsiasi eccezione³⁷⁵. Si è

³⁷³Per una trattazione puntuale degli orientamenti della Corte costituzionale in tema di sindacabilità sulle norme penali di favore, cfr., A. CARMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 717 ss; M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sopranazionali) del favor rei*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia. Atti del seminario (Ferrara, 6 maggio 2005)*, Torino, 2005, 12 ss; G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI, (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale*, Napoli, 2006, 84 ss.

³⁷⁴Cfr., G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 315 ss; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., 17 ss.

³⁷⁵Il riferimento è: alla sentenza 148 del 1983, in relazione alla quale si vedano le note di G. LATTANZI, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, e di D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, entrambe in *Foro it.*, 1983, I, c. 1801 ss; alla sentenza 394 del 2006 in riferimento alla quale si veda, *ex multis*, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss.; D. PULITANÒ, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. num. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza nei casi facili. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, *ivi*, 351; V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, n. 46, 2006, 34 ss.; M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss.; alla sentenza 28 del 2010, in relazione a cui si veda A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1147 ss; V. ONIDA, *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come «sottoprodotti» davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 875 ss; A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss; D. FRANZIN, *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss; infine la sentenza 5 del 2014, in relazione alla quale si veda M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle zone franche dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. contemporaneo (web)* - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2014, 242 ss (L'A. evidenzia che con quest'ultima sentenza la Corte costituzionale, «dichiarando l'illegittimità di una norma abrogatrice, ha determinato la reviviscenza di una fattispecie incriminatrice che era stata espunta dall'ordinamento. Si tratta, pertanto, di un'eccezionale pronuncia in malam partem che, non essendo inquadrabile nel paradigma di sindacabilità delle c.d. norme penali "di favore" tracciato da C. Cost. n. 394 del 2006, sembra aprire nuovi scenari e nuove prospettive nel controllo di legittimità sulle scelte punitive del legislatore»).

infatti evidenziato che laddove l'obbligo di criminalizzazione sia stato regolarmente adempiuto *«competere alla Corte costituzionale il potere/dovere di valutare la compatibilità della fattispecie incriminatrice con il dettato costituzionale e, ai sensi dell'art. 117, con gli strumenti di diritto internazionale, e quello di dichiarare l'illegittimità di una successiva norma che ne disponga l'abrogazione o ne limiti in qualsiasi modo l'applicazione»*³⁷⁶. Si assiste, quindi, ad un'estensione del sindacato di legittimità della Corte nei confronti di quelle leggi penali di favore che tentino di eludere obblighi di incriminazione derivanti dalle Convenzioni internazionali, in violazione dell'art. 117 comma 1 Cost.³⁷⁷.

Applicando quanto sopra esposto al caso che qui interessa, si può asserire come l'obbligo di criminalizzazione dei fatti che costituiscono tortura sia stato adempiuto introducendo, con la legge n. 110 del 2017, l'art. 613-bis. L'eventuale previsione, da parte del legislatore, di una norma che escluda o limiti l'ambito di applicazione del delitto in esame comporterebbe una dichiarazione di illegittimità costituzionale della stessa da parte della Corte costituzionale, dal momento che una tale norma di favore (sia essa una causa di non punibilità, ovvero una causa di giustificazione o addirittura una disposizione abrogatrice) si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale ex art. 13 comma 4 e con gli strumenti di diritto internazionale, in virtù del richiamo operato dall'art. 117 comma 1³⁷⁸.

La storia dei tentativi di realizzare, sia pur tardivamente, l'adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi di punizione imposti dall'ordinamento sovranazionale è stata particolarmente lunga ed accidentata. Un primo nodo interpretativo ha riguardato la questione se l'obbligo di fonte sovranazionale,

³⁷⁶ E. SCAROINA, *op. cit.*, 230.

³⁷⁷ *Ibidem*. Cfr., altresì, J. BURATO, *Contrasto al finanziamento di imprese produttrici di mine antipersona e munizioni a grappolo: sul rinvio presidenziale del 27 ottobre 2017*, in *Giur. pen.*, (web) - <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 2017, 12; G. L. GATTA, *Elusione di un obbligo internazionale di incriminazione: il Presidente Mattarella rinvia alle Camere ex art. 74, co. 1 Cost. la legge sul contrasto al finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo*, in *Riv. dir. pen. cont.* (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 11, 2017, 225-228.

³⁷⁸ E. SCAROINA, *op. cit.*, 230-231.

teso ad introdurre nel nostro ordinamento il reato di tortura, sia stato da intendere come un mero obbligo di «*copertura*» (ossia di coprire la fattispecie mediante il ricorso a norme già vigenti, quali lesioni, maltrattamenti ecc.), ovvero se sia stata, invece, imposta la previsione di una norma ad *hoc* volta ad incriminare i fatti di tortura^{379 380}.

Prima di fornire una risposta alla questione, pare opportuno svolgere alcune preliminari considerazioni. Sebbene il Comitato dei diritti umani ed il Comitato contro la tortura siano stati i fautori dell'introduzione di una specifica fattispecie incriminatrice in relazione al reato *de quo* considerato³⁸¹, in attuazione del combinato disposto degli artt. 1 e 4 della Convenzione, i rappresentanti italiani, invece, hanno per molto tempo ritenuto che l'assenza di un reato specifico di tortura non costituisse un ostacolo alla punibilità con pene severe degli atti di tortura nel nostro Paese e, quindi, conseguentemente la mancata necessità di introdurre una norma criminalizzante ad *hoc*^{382 383}.

³⁷⁹Sulla tematica cfr., H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, 1988, 129-130; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.* 1999, 463; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra Convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Riv. pen.*, 10, 2009, 1186-1190.

³⁸⁰La necessità di introdurre uno specifico delitto di tortura è stata auspicata sia a livello nazionale, si pensi ai ripetuti solleciti della Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani (v., Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia, 6 marzo 2012, reperibile in <http://www.senato.it>) e della Corte di legittimità (v., Cass., Sez. VI, 12 novembre 2014, n. 46634, in *Cass. pen.*, 2015, 5, 1937), sia in sede internazionale. Si evidenzino, in particolare, le richieste da parte del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo (v., Human Rights Committee, *Concluding observations of the Human Rights Committee. Italy*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.94, 18 August 1998, par. 19), del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (v., Committee against Torture, *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture. Italy*, U.N. Doc. CAT/C/ITA/CO/4, 16 July 2007, par. 5), del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (v., Committee for the Prevention of Torture, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013), 32, par. 6).

³⁸¹Tale presa di posizione vale, non solo in riferimento allo Stato italiano, bensì anche in relazione ad altri Paesi membri; cfr. *Concluding Observation of CAT: Russian Federation*, UN. Doc. CAT/C/RUS/CO/5 (2012) § 7; *Bulgaria*, UN Doc. CAT/BRG/CO/4 (2011) § 8; *Djibouth*, UN Doc. CAT/DJI/CO/1 (2012) § 8.

³⁸²Doc. CCPR/C/SR.1679, n.20

³⁸³A tal riguardo, la critica mossa dal Comitato contro la tortura a tale impostazione è legata all'assenza di adeguata repressione, da parte di quei «*frammenti sparsi di reati*» presenti nel nostro codice penale, con riferimento a quelle forme di torture concernenti la sfera psichica

Quest'ultima posizione, come emerge nel rapporto iniziale dell'Italia al Comitato contro la tortura³⁸⁴, trovava fondamento nel carattere *self-executing* delle norme proibitive della tortura³⁸⁵. Si tratta di una modalità di adattamento dell'ordinamento interno che presuppone che le norme internazionali alle quali ci si propone di adeguare quest'ultimo siano idonee ad essere applicate direttamente dall'operatore giuridico interno, senza necessità di alcuna specificazione o integrazione di contenuto. Essendo la tortura definita in modo sufficientemente preciso nella Convenzione ONU, il corrispondente reato sarebbe stato introdotto nell'ordinamento interno proprio mediante l'ordine di esecuzione. In realtà, come osservato dal rappresentante del Comitato, lo strumento dell'ordine di esecuzione risulta una modalità del tutto insufficiente al rispetto del nucleo essenziale della Convenzione, ossia al combinato disposto degli artt. 1 e 4 della CAT, dal momento che tali disposizioni non prevedono direttamente pene specifiche che reprimano in maniera adeguata il reato di tortura, ciò determinando una palese violazione del principio costituzionale di legalità, secondo il quale non solo le norme penali devono essere determinate e conoscibili, ma anche le relative pene³⁸⁶. In fase di esecuzione della Convenzione ONU era imprescindibile un intervento del legislatore volto a stabilire il tipo ed il *quantum* di pena, facendo ricorso al

dell'uomo. Si vedano i commenti riferiti in CAT/C/SR.214, n.32. Sul tema si veda, altresì, A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 1993, 979.

³⁸⁴ *Committee against Torture (CAT), Consideration of reports submitted by States parties under Art. 19 of the Convention. Initial reports of States parties due in 1990, Italy, CAT/C/9/Add.9, notes 32 and 33*. Cfr., V. ZANETTI, *Maybe, there is a judge in Strasbourg? The European Court of Human Rights and Torture in Italy*, in *New Zealand Yearbook of International law*, 11, 2013, 156-157.

³⁸⁵ Il Parlamento italiano, invero, ha approvato, nel 1988, in occasione della ratifica della CAT, la legge 498 del 1988, con la quale le Camere hanno autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione e contenente l'ordine di esecuzione, ossia il rinvio alle norme della Convenzione.

³⁸⁶ A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è Cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 361. L'A. sostiene che nessuna norma della Convenzione contro la tortura possieda la caratteristica di essere direttamente applicata nell'ordinamento nazionale senza alcuna necessità di essere meglio precisata o integrata. «Per di più, anche qualora si rinvenissero, per ipotesi, nella Convenzione contro la tortura, alcune norme "auto-applicative", il rinvio a una fonte esterna all'ordinamento per disciplinare questioni attinenti la previsione e l'applicazione di una sanzione penale, andrebbe incontro, secondo quanto chiarito in più di un'occasione dalla Corte di Cassazione, all'ostacolo dell'art. 25 della Costituzione».

procedimento ordinario di adattamento e non utilizzando lo strumento dell'ordine di esecuzione^{387 388}.

Effettuate tali necessarie considerazioni, è possibile ora rispondere al quesito iniziale. Nonostante parte della dottrina sia stata inizialmente fautrice di una interpretazione letterale³⁸⁹ dell'art. 4 CAT tesa ad escludere la necessità dell'introduzione di una norma *ad hoc*, l'impostazione che si è ritenuta da prediligere, data anche la Novella del 2017 che ha inserito nel codice penale l'art. 613-*bis*, è stata quella che si è evinta dalle raccomandazioni del Comitato contro la tortura, ossia l'obbligo di introdurre un reato di tortura autonomo³⁹⁰, soprattutto alla luce dell'esigenza di una efficace repressione del fenomeno attraverso gli strumenti del diritto penale. Per quanto l'argomento «*l'importante è il risultato*» potesse sembrare formalmente corretto, le norme penali vigenti difficilmente consentivano una tipizzazione precisa e completa della tortura nelle varie forme in cui la stessa potesse estrinsecarsi e l'assenza di una specificità avrebbe reso assai complicata la previsione di pene severe nei

³⁸⁷ La stessa legge n. 498 del 1988 conteneva una seconda norma di esecuzione tesa ad introdurre nel nostro ordinamento, con riguardo alla tortura, i criteri giurisdizionali ampi, compresa la giurisdizione universale, contemplati dall'art. 5 CAT. In questo caso, come accadeva anche con riguardo alla prima norma di esecuzione contenuta nella medesima legge e facente un mero rinvio alle norme della Convenzione, in assenza di una fattispecie penale specifica di riferimento, anche la previsione di criteri giurisdizionali innovativi è destinata a non produrre alcuna conseguenza pratica.

³⁸⁸ La legge di ratifica ed esecuzione della CAT (l. n. 489/1988) ha svolto unicamente la funzione di autorizzazione della ratifica della Convenzione stessa da parte del Presidente della Repubblica, mentre le norme di esecuzione in essa contenute «*sono risultate entrambe prive di qualsivoglia effetto concreto*». A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 362. Ratificare un Trattato non basta a garantirne l'osservanza, giacché senza il necessario successivo provvedimento di attuazione molte delle sue disposizioni rischiano di restare lettera morta.

³⁸⁹ H. BURGERS, H. DANIELIUS, *op. cit.*, 129-130. Secondo gli Autori «*[t]he requirement that torture shall be a criminal offence under domestic law does not mean that there must be a specific, separate offence corresponding to torture under article 1 of the Convention*». Si tratta di una interpretazione, particolarmente restrittiva, che ha avuto un certo seguito nei primi anni dopo l'adozione della Convenzione, ma ha perso gradualmente terreno in favore della seconda impostazione sopra richiamata.

³⁹⁰ La stessa Corte di Cassazione ha sottolineato che «*il divieto di tortura è previsto dal diritto internazionale e ad esso fa riferimento una norma di jus cogens che si rivolge a tutti gli Stati indipendentemente da una sua espressa previsione pattizia, ma ciò non è sufficiente per ritenere che l'ordinamento nazionale abbia adottato il reato di tortura*». Cass., Sez. VI, 17/07/2014, (ud. 17/07/2014, dep. 12/11/2014), n. 46634, in *Cass. pen.*, 2015, cit., 1937. Per un commento v., A. MARCHESI, *Il caso Reverberi e gli attuali limiti della collaborazione italiana alla punizione di crimini internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015/1, 218.

confronti dei responsabili di tali atrocità³⁹¹. Si consideri, poi, lo scopo che la Convenzione si prefiggeva, vale a dire l'imposizione agli Stati contraenti di «una risposta particolarmente energica» nei confronti di fatti di tortura, «sottraendo il fenomeno, per così dire, all'ordinaria amministrazione», scopo che sarebbe stato perseguito con difficoltà qualora la tortura fosse stata qualificata dai giudici, in mancanza di una fattispecie ad hoc, «come reato di routine»³⁹².

Una volta ritenuta imprescindibile l'introduzione di una specifica disposizione all'interno del codice penale, occorre domandarsi se la stessa avesse dovuto ricalcare pedissequamente, in adempimento dell'art. 4 CAT, il contenuto dell'art. 1 della medesima Convenzione. E' bene precisare fin d'ora che lo *standard* di tutela fornito dallo strumento internazionale rappresenti solo uno *standard* minimo, senz'altro suscettibile di essere innalzato dal legislatore nazionale attraverso l'introduzione di norme incriminatrici che abbiano un ambito di applicazione più ampio: il legislatore nazionale certamente avrebbe potuto, come avvenuto in parte nel caso concreto, discostarsi dalle fattispecie di criminalizzazione previste da questo o da quell'atto di diritto internazionale pattizio, ad esempio introducendo un reato a dolo generico invece che a dolo specifico, o un reato comune invece di un reato proprio, o ancora ampliando l'elenco delle condotte suscettibili di essere inquadrare nell'ambito del tipo legale «tortura». Non si sarebbe potuto considerare, inoltre, inadempiente, il legislatore nazionale che, facendo addirittura più di quel che è richiesto dalle fonti sovranazionali, avesse strutturato una norma in modo tale da offrire all'interesse protetto una tutela ancor più elevata³⁹³.

³⁹¹ V., *infra*, par. 3.

³⁹² Sul punto, A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 360-361.

³⁹³ *Concluding Observation of CAT*: UK, UN, Doc. CAT/C/GBR/CO/5 (2013) par. 7; UK, UN, Doc. CAT/C/CR/33/310 (2004). Nello stesso senso, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 22 luglio 2014, 28.

3. Le resistenze dell'Italia all'introduzione del reato di tortura ed il colpevole ritardo del legislatore

Rimane, ora, da capire per quale ragione il destino del reato di tortura sia rimasto fermo su di un binario morto per più di settant'anni rispetto all'entrata in vigore della Carta costituzionale. Stupisce osservare come da diversi anni il legislatore patrio, sulla spinta di situazioni emergenziali, abbia premuto l'acceleratore con riguardo alla proliferazione di delitti e relative sanzioni. Basti pensare alla recente introduzione di nuovi reati ovvero all'inasprimento sanzionatorio di alcune fattispecie già vigenti: terroristi e loro arruolatori, detentori abusivi di precursori di esplosivi, autori di frodi informatiche, guidatori in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, beneficiari di scambio elettorale politico-mafioso, *stalkers*, femminicidi e *cyberbullisti* e «molti altri vagoni sono stati aggiunti» e si aggiungeranno a questo treno in costante corsa³⁹⁴.

Non è semplice ricostruire le ragioni per cui un crimine di così antica memoria sia stato oggetto di apposita previsione con così tanto ritardo nel nostro codice penale. Ci siamo accontentati «di niente per un tempo troppo lungo»³⁹⁵. Per giustificare le resistenze del nostro ordinamento ad adeguarsi agli *standard* di tutela imposti dalla Costituzione e dagli strumenti sovranazionali si sono, da sempre, evidenziate almeno tre ordini di ragioni³⁹⁶. Si parte dalla «negazione» per cui, ritenendosi l'Italia un Paese civile e democratico in cui non si tortura e impegnato a promuovere attraverso la Costituzione e le Convenzioni internazionali la tutela dei *core rights* dell'individuo, l'introduzione di una fattispecie ad *hoc*, volta a sanzionarne la pratica, sarebbe risultata priva di

³⁹⁴A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 84. Con riguardo ad un più ampio quadro di interventi legislativi sanzionatori, M. DANI, *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, in www.gruppodipisa.it, 10 giugno 2016, 16-28.

³⁹⁵A. PUGIOTTO, *ivi*, 87. L'A. sottolinea che «quanto più è risalente l'anomia legislativa, tanto più profonda è la ferita ordinamentale».

³⁹⁶In argomento, E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di Tortura? Luci e ombre di un provvedimento da troppo tempo atteso (col rischio di un'ennesima occasione mancata)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, (web) - <http://www.rivistaoidu.net>, 2017, 363; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 134 ss.

qualsivoglia utilità³⁹⁷. Si arriva all'«*attenuazione*», in relazione alla quale si argomenta che, ammettendo l'esistenza del fenomeno, il codice penale offriva già «*una batteria di norme repressive*»³⁹⁸ adeguata a reprimerlo³⁹⁹, fino ad approdare a vere e proprie giustificazioni (c.d. tortura di salvezza), sia nella forma della «*ragione di Stato*»⁴⁰⁰, sia nella forma di giustificazione individuale (ex artt. 52 e 54 c.p.).

In realtà, secondo alcuni autori⁴⁰¹, le autentiche ragioni ostative all'introduzione della fattispecie sono state essenzialmente di tipo politico. In particolare sarebbero state da individuare in «*una precisa volontà politica di certi partiti*»⁴⁰². La frammentazione del quadro politico, invero, ha da sempre determinato un'oggettiva difficoltà nella conduzione dei lavori nei due rami del Parlamento⁴⁰³. L'inerzia politica è stata accompagnata dall'atteggiamento di

³⁹⁷ Secondo tale prospettiva, la tortura in Italia non esisterebbe, rappresentando la *Diaz* un mero episodio isolato. *Contra*, V., G. DE SALVATORE, *L'incidenza degli atti tipici di tortura*, cit., 4549. Come è stato giustamente sottolineato, si tratta di una tesi smentita dai numerosi fatti di cronaca: si pensi ai fatti accaduti nella caserma di Bolzaneto in occasione del G8 di Genova nel 2001 (per un approfondimento, v., R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano, la tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Torino, 2014, *passim*) ed ancora alle vicende riguardanti Stefano Cucchi, Federico Aldovrandi e Giuseppe Uva. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di situazioni verificatesi *intra moenia*, in luoghi che dovrebbero costituire «*presidi delle garanzie dei cittadini*» e che hanno suscitato un notevole clamore mediatico evidenziando la lacuna normativa vigente nel nostro ordinamento, «*costringendo il legislatore a promettere imminenti interventi per placare le istanze di giustizia sociali*».

³⁹⁸ L'espressione è di G. AMATO, Art. 13, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1977, 334 ss. Questa è la risposta che, come visto in precedenza, il Governo italiano fornisce al CPT, alla richiesta da parte di quest'ultimo di introdurre nell'ordinamento penale il reato di tortura. Secondo i rappresentanti italiani, infatti, gli obblighi internazionali e costituzionali non richiederebbero l'introduzione di un reato specifico, ma una mera copertura penale di condotte riconducibili alla pratica in questione. Sul punto cfr., A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia*, cit., 463-465, 474-475.

³⁹⁹ Si riportano le parole del Segretario Generale SAP, Gianni Tonelli, nel resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014, 4: «*Questa legge non ha alcun significato in Italia, perché tutti i comportamenti che potrebbero determinare le fattispecie che questa legge vuole sanzionare sono già sanzionati, come il sequestro di persona, l'abuso in atti d'ufficio, le lesioni e altro*».

⁴⁰⁰ Il ricorso alla tortura, come si vedrà nel penultimo capitolo dell'elaborato, può essere considerato legittimo qualora venga minacciata la sicurezza di un Paese. Il riferimento è ai temi dello «*stato di eccezione*» e della categoria dottrinale del «*diritto penale del nemico*», che verranno ripresi in seguito.

⁴⁰¹ P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, cit., 36; E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di Tortura?*, cit., 363, 371-372; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 144-145.

⁴⁰² A. CASSESE, *Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008, 43.

⁴⁰³ «*Tutte le maggioranze parlamentari, di qualunque segno o colore, della "prima" e della "seconda" Repubblica, ne portano la responsabilità in parti eguali, avendo obbedito e*

indifferenza misto a contrarietà dell'opinione pubblica⁴⁰⁴, ciò dimostrato dal fallimento «della raccolta delle firme necessarie per depositare in Parlamento un disegno di legge di iniziativa popolare mirante ad introdurre il delitto di tortura»⁴⁰⁵.

La previsione di una norma incriminatrice *ad hoc* volta a reprimere con pene severe i fatti di tortura celava, inoltre, la preoccupazione di un assoggettamento dei vertici delle forze dell'ordine a tali pene, con la conseguenza che la loro responsabilità si sarebbe riflessa sugli organi politici che li avrebbero nominati⁴⁰⁶. Si riteneva che la presenza di un'apposita fattispecie avrebbe avuto la caratteristica di essere una mera «norma manifesto»⁴⁰⁷, priva di qualsiasi ragionevolezza⁴⁰⁸, avente quale obiettivo primario quello di penalizzare le forze dell'ordine, limitandone l'attività⁴⁰⁹. Come è stato sottolineato, infatti, «il sistema criminale, il sistema giustizia, il sistema sicurezza italiano riceverebbe da questo tipo di previsione normativa, da questa novella, solamente un danno», ravvisando in tale norma *ad hoc* un «manifesto ideologico contro le

ripetuto uno stesso copione fatto di inerzie, rinvii, navette, bocciature, mozioni e ordini del giorno inevasi ed emendamenti incredibili». A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 133.

⁴⁰⁴ V., sul punto, L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015, 179.

⁴⁰⁵ Sul punto, ancora, A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, 133-134. V., altresì, E. SCAROINA, *op. cit.*, 239. Il riferimento è ad una Campagna «Tre leggi per la giustizia e i diritti» di cui si erano fatti promotori una serie di Enti ed Associazioni operanti nel settore carcerario, campagna avente ad oggetto la raccolta di firme riguardante tre proposte di legge di iniziativa popolare sulla introduzione del reato di tortura in Italia, sulla legalità ed il rispetto della Costituzione nelle carceri e sulla modifica della normativa in materia di stupefacenti. Il disegno di legge è stato, comunque, depositato alla Camera dei Deputati, come iniziativa legislativa parlamentare (cfr., A.C. n. 1801, Raciti e altri).

⁴⁰⁶ «La pervasività del nuovo crimine – se introdotto nell'ordinamento penale ricalcandone la fisionomia imposta dagli obblighi internazionali – sarebbe capace, dunque, di erodere gli spazi di impunità di cui hanno fino ad oggi potuto godere gli apparati statali della sicurezza, i relativi soggetti apicali, i loro uomini». A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 145.

⁴⁰⁷ A. PUGIOTTO, *ivi*, 142.

⁴⁰⁸ V. ZANETTI, *Necessaria ma non sufficiente. La legge n. 237 del 2012 di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Studium iuris*, 9/2013, 939 ss.

⁴⁰⁹ A parere di chi scrive ed in accordo con la dottrina maggioritaria, non si sarebbe dovuto guardare con timore all'introduzione di una nuova fattispecie, non potendosi considerare quest'ultima come «nemica» delle forze dell'ordine. Al contrario, reprimendo «abusi e violenze ingiustificate» si sarebbe rafforzato il ruolo degli apparati di polizia quali garanti «dei diritti e delle libertà» dei cittadini. E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di Tortura?*, cit., 371.

forze di Polizia»⁴¹⁰. Non è un caso, infatti, che a seguito dell'attentato terroristico a Nizza del 14 luglio 2016⁴¹¹, sia stata bloccata l'introduzione della fattispecie, assurgendo come motivazione il rischio di legare troppo le mani alle forze dell'ordine, poiché in grado di inibire l'utilizzo legittimo della forza di chiunque fosse stato impegnato a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza della popolazione⁴¹².

L'unico contesto in cui il legislatore nazionale si era conformato agli obblighi costituzionali ed internazionali introducendo nel nostro ordinamento il crimine di tortura riguardava i conflitti armati, prevedendo una specifica disposizione⁴¹³, l'art. 185-*bis*, nel codice penale militare di guerra⁴¹⁴, definendo

⁴¹⁰ Queste le parole del Segretario Generale SAP, Gianni Tonelli, nel resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014, 5. Non solo. Il Segretario Generale di CISL-FNS, Salvatore Chiaramonte, durante l'audizione del 26 giugno 2014, 7, dava atto di aver sostenuto con apposita iniziativa, insieme ad un'altra numerosa serie di associazioni, la raccolta di firme in calce ad uno specifico progetto di legge contro il delitto di tortura, *«progetto che è poi stato recepito da due disegni di legge sottoposti all'esame della Camera, in particolare dalle proposte di legge a prima firma Migliore e Gozi»*. Di segno opposto le parole emergenti sempre dalla Seduta della Commissione della Camera del 18 giugno 2014, del Segretario Generale del sindacato di Polizia SILP-CGIL, Daniel Tissone, il quale sottolinea che *«l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano debba ritenersi come un obbligo civile e giuridico, imposto non solo dalla nostra Costituzione, all'articolo 13, ma anche nella Convenzione contro la tortura dell'ONU del 1984»*.

⁴¹¹ V., A. ZAMPERINI, M. MENEGATO, F. VIANELLO, *La questione tortura in Italia*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, maggio-agosto 2018, 13. Gli Autori sottolineano come lo scenario internazionale abbia avuto un notevole impatto anche sul percorso parlamentare della legge italiana volto ad introdurre la fattispecie di tortura nel codice penale. La strage jihadista di Nizza del 14 luglio 2016 ha rappresentato *«un'occasione-pretesto per rinviare qualsiasi decisione»*, inducendo l'opinione pubblica a pensare che un simile provvedimento potesse costituire un ostacolo alle forze di polizia nella protezione dei cittadini e nella prevenzione del terrorismo.

⁴¹² Emblematiche, a tal riguardo, le parole del portavoce di *Amnesty International* in Italia, Riccardo Noury: *«Di tortura si può parlare solo a ridosso di qualche brutto fatto di cronaca. [...] Anche questo Parlamento sembra avere un approccio emozionale. Se c'è una condanna, se c'è una Genova, allora si dice che la legge è urgente. Appena poi però arriva una caso di criminalità o si verifica un atto terroristico, anche se è all'estero, ecco che la legge non ha più senso, non è più urgente. Ecco che non è più il momento»*. L. SUPPINO, *Reato di tortura, ecco chi blocca la legge*, in *L'Espresso (web)* - <https://espresso.repubblica.it>, 22 novembre 2016.

⁴¹³ Nonostante la lacuna a livello codicistico, oltre alla presenza dell'art. 185-*bis* (operante nel contesto bellico) vigea in Italia, a partire dal 2007, una specifica disciplina volta a prevenire la tortura. Il riferimento è al d.lgs. n. 11 del 2007, contenente la disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento 2005/1236/CE, che vieta il commercio di merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura e per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. Sul punto cfr., M. E. CASTALDO, *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida dir.*, 18, 2007, 40; G., LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., 760-761; L. MAGI, *Il commercio di beni utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie in*

gli atti di tortura mediante un rinvio mobile all'art. 1 della CAT⁴¹⁵ ⁴¹⁶. Tale aspetto merita di essere valorizzato per un duplice ordine di motivi. In primo luogo stupisce il fatto che, nonostante l'ambito bellico rappresenti lo Stato d'eccezione per antonomasia, la tortura militare sia stata l'unica ad essere sanzionata penalmente, prima dell'introduzione dell'art. 613-bis nel codice penale⁴¹⁷. In secondo luogo, pur avendo ottemperato agli obblighi di penalizzazione, ed avendo colmato la lacuna presente nell'ordinamento interno, l'intervento legislativo non è andato esente da critiche⁴¹⁸, dal momento che le condotte eterogenee previste nella norma vengono punite con la medesima pena, tra l'altro particolarmente mite⁴¹⁹ e che la mancanza di determinatezza nella descrizione delle condotte criminose si pone in conflitto con il principio

contrasto, in *Riv. dir. internaz.*, 2007, 384 ss.; E. SCORZA, *Il divieto di commercio di strumenti utilizzabili per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti* (d.lgs. 12.1.2007), in *Legisl. pen.*, 200, fasc. 4, 679-691.

⁴¹⁴ La norma, introdotta con il d.l. 421/2001, convertito con legge n. 6/2002, e rubricata «*Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali*» dispone che «*salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietate dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione da uno a cinque anni*». Con la legge 27 febbraio 2002, n. 15 si è innalzato a due anni il minimo edittale della pena prevista dalla norma *de qua*.

⁴¹⁵ A favore di tale trapianto nell'ordinamento interno, A. DI MARTINO, *Appunti sulla tipizzazione del fatto. Tra eredità storiche e questioni di tecnica legislativa*, in A. PROSPERI, A. DI MARTINO (a cura di), *Tortura. Un seminario*, Pisa, 2017, 97-109; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 154.

⁴¹⁶ Si dovrà cercare di stabilire, a seguito della Novella del 2017, se il rinvio operato dall'art. 185-bis c.p.m.g., sia da intendersi, attualmente, alla definizione contenuta nell'art. 613-bis, oppure alla divergente definizione prevista in sede internazionale. A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, 88, nota 31.

⁴¹⁷ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 140.

⁴¹⁸ G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., 763.

⁴¹⁹ V. Comitato CAT, Summary Record of the 761 st Meeting, 11 maggio 2007, CAT/C/SR.761, par. 33; nello stesso senso, A. LANZI, T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2004, spec. 689 ss. Gli Autori evidenziano anche come la clausola di sussidiarietà del citato art. 185-bis c.p.m.g., determinasse l'applicazione delle fattispecie comuni proprio per i fatti di tortura più gravi. Cfr., altresì, G. ACQUAVIVA, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto interno*, Milano, 2014, 224 ss; M. DELLI SANTI, *Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. pol.*, 2007, spec., 347-347; P. P. RIVELLO, *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 6, 2002, 25 ss; ID., *Le «risposte» nazionali ai crimini di guerra: analisi di una serie di incertezze e lacune*, in *Comunità int.*, 2003, 65.

di legalità^{420 421}.

Dato atto delle ragioni giustificatrici dell'inerzia del legislatore nazionale, pare in questa sede opportuno soffermarsi sulle diverse disposizioni in cui il divieto di tortura trovava copertura normativa sul fronte penale (prima della legge n. 110/2017), al fine di evidenziarne carenze e *deficit* di tutela e sottolineare, ancora una volta, la necessità di una fattispecie incriminatrice specifica.

La nozione internazionale di tortura, ma, secondo alcuni autori⁴²², anche l'art. 13 comma 4 Cost., richiederebbero la previsione di un reato proprio. In realtà, la batteria di norme repressive era costituita, prevalentemente, da reati comuni. Gli unici reati propri che potevano ritenersi applicabili in tali contesti erano gli artt. 323 c.p. (abuso d'ufficio), 606 c.p. (arresto illegale), 607 c.p. (indebita limitazione di libertà personale), 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati e detenuti) e 609 c.p. (perquisizione e ispezione personali arbitrarie).

In alcuni casi si era fatto ricorso alla fattispecie dell'abuso d'ufficio, anche se particolarmente difficile era provarne il dolo. In numerosi arresti giurisprudenziali della Corte di Cassazione si stabiliva che *«in tema di abuso d'ufficio, la prova dell'intenzionalità del dolo esige il raggiungimento della certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare*

⁴²⁰Come è stato sottolineato, l'art. 185-bis non descrive la tortura, «*se non iscrivendola, e così qualificandola, nell'ambito della pure incerta categoria dei trattamenti inumani. Ma in tal modo non si ravvisa certo un'appagante descrizione del fatto tipico che così costruito, lascia ampio margine a prospettive di interpretazioni integrative, se non creative, della previsione penale*». A. LANZI, T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura*, cit., 690-691.

⁴²¹ Contra, P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, cit., nota 50. Riferendosi l'art. 185-bis alla tortura ed ai trattamenti inumani e degradanti quali crimini di guerra, non è necessario ricorrere ai medesimi standard di «*stretta legalità*» richiesta con riguardo alle fattispecie ordinarie. Il codice penale militare di guerra rinvia spesso a fonti sovranazionali, senza che ciò abbia mai comportato problemi di legittimità costituzionale (v., per esempio, artt. 174, 184-bis, 212). L'A. sottolinea un principio noto fin dai tempi dei processi di Norimberga secondo il quale «*i crimini facenti parte del diritto internazionale consuetudinario non abbisognano di una norma interna di recepimento per essere fonte diretta di responsabilità penale individuale [...], sempre che siano rispettati i canoni di prevedibilità ed accessibilità*». V., per tutti, *Principles of International Law Recognized in the Charter of Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950)*, pubblicati in *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, 1950, par. 97, Principle II.

⁴²²M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. NICO, (a cura di), *op. cit.*, 894 ss. Nello stesso senso, G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia*, cit., 6, 23-24.

[...] *il danno ingiusto*»⁴²³. Nel giudizio per i fatti accaduti alla Caserma di Bolzaneto, la condanna per abuso d'ufficio venne inflitta ad un solo imputato, ossia al Vice Questore Aggiunto della Polizia di Stato, il quale aveva tollerato e consentito che le persone ristrette presso la Caserma fossero sottoposte a misure vessatorie, non conformi al senso di umanità, (con violazione dell'art. 27 comma 3 Cost. e 3 CEDU) ed umiliazioni in riferimento alle loro opinioni politiche (in violazione dell'art. 1 comma 1 e 2 CEDU), arrecando, così, un danno ingiusto (ossia, una lesione dell'integrità fisico-morale delle persone offese). Nei confronti degli altri imputati, invece, mancava proprio la prova dell'esistenza dell'elemento psicologico consistente nella rappresentazione e volontà di arrecare, attraverso la condotta di abuso d'ufficio, un danno alla vittima del reato⁴²⁴.

Il delitto che meglio si confaceva ai casi di tortura era quello di abuso di autorità contro arrestati o detenuti, ex art. 608 c.p., ritenuto comunemente attuativo dell'obbligo di incriminazione di cui all'art. 13 comma 4 Cost. Come è noto, esso punisce il pubblico ufficiale che sottoponga a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta e del quale egli abbia la custodia, anche temporanea, o che gli sia affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente⁴²⁵. Nonostante la fattispecie di cui all'art. 608 c.p. sia stata quella maggiormente applicata ai casi riconducibili a fatti di tortura, è stata considerata del tutto inadeguata, data l'irrisorietà della pena edittale prevista (reclusione da quindici giorni a trenta mesi) e finendo, tra

⁴²³ Cass., Sez. VI, 27 giugno 2007, n. 35814, in <http://www.iusexplorer.it>.

⁴²⁴ Per il Collegio sussistevano fondati motivi di dubitare della presenza dell'elemento psicologico. In particolare, come emerge nella sentenza di primo grado *«ambedue gli imputati, infatti, sono ripetutamente intervenuti, sia direttamente che su segnalazione di loro subordinati, per far cessare situazioni suscettibili di mettere in pericolo l'incolumità fisica dei fermati e arrestati, ovvero di lederne la dignità e/o il decoro: [...]»* Per quanto concerneva, invece, il Vice Questore Aggiunto della Polizia di Stato, l'elemento psicologico lo si ravvisava nella consistente rappresentazione e volontà di cagionare un danno ingiusto attraverso condotte illecite volte a sottoporre ad atti di tortura le persone ristrette *«obbligandole a posizioni coatte, mantenute a lungo, e sottoponendole ad umiliazioni, offese, insulti e percosse non conformi alla dignità umana»*.

⁴²⁵ Tra la fattispecie menzionata e quella di abuso d'ufficio intercorre un rapporto di sussidiarietà, in relazione al quale quest'ultima opera laddove la condotta illecita non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 608 c.p.

l'altro, con l'apprestare presidio alla sola libertà personale del detenuto⁴²⁶, tralasciando completamente la tutela dell'integrità psico-fisica di quest'ultimo⁴²⁷. Per tali motivi, i casi pratici di applicazione della norma ne hanno evidenziato l'inefficacia della stessa⁴²⁸.

Il ragionamento effettuato in relazione all'art. 608 c.p. ben si poteva riprodurre con riguardo alle fattispecie proprie di arresto illegale (ex art. 606), indebita limitazione della libertà personale (ex art. 607), perquisizione e ispezione personale (ex art. 609), puniti anch'essi con pene molto lievi ed in grado di reprimere solo uno dei tanti modi in cui le condotte di tortura fisica potessero estrinsecarsi, rendendo nuovamente la risposta sanzionatoria «*insufficiente ed inadeguata*»⁴²⁹.

Considerazioni analoghe a quelle relative ai reati propri contro la libertà personale potevano essere fatte con riguardo al sequestro di persona, reato comune che, pur prevedendo pene piuttosto elevate, almeno nel massimo, non colpiva i fatti di tortura nel loro complesso, ma soltanto una sua modalità di realizzazione, ossia la restrizione indebita della libertà personale. In particolare,

⁴²⁶F. VIGANÒ, *Art. 608*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA, (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, 321.

⁴²⁷La norma punisce la condotta del pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente. Il bene giuridico tutelato dalla norma è la libertà personale, qui intesa come libertà di movimento di un soggetto già detenuto che subisce limitazioni ulteriori rispetto a quelle precedentemente decise a suo carico dall'Autorità giudiziaria cui si trova legittimamente sottoposto. Per tale motivo le condotte che incidono unicamente sulla libertà morale del detenuto, quali umiliazioni e pressioni psicologiche, non avrebbero trovato alcun rilievo penale in quest'ambito. Sul punto. Cfr. G. LANZA, *Obblighi internazionali di incriminazione penale*, cit. 750; F. LOSCHI, *Il delitto di tortura nell'ordinamento italiano: una fattispecie incriminatrice in cerca d'Autore*, in *Arch. pen.*, (web) - <http://www.archiviopenale.it>, 2, 2014, 16-18. Cfr., altresì, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 8. Contra E. FIANDACA, G. MUSCO, *op. cit.*, 170. Avendo come referente costituzionale l'art. 13 comma 4 Cost., che vieta qualsiasi violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, parte della dottrina ritiene che, a discapito della collocazione sistematica della norma in esame, essa tutelerebbe la libertà morale, piuttosto che quella personale. Sulla base di tale considerazione, allora, anche le umiliazioni o le pressioni psicologiche avrebbero trovato rilievo penale nella fattispecie.

⁴²⁸ Trib. Padova, 15 luglio 1983, in *Giur. merito*, 1985, 687; Cass., Sez. V, 16 aprile 2012, n. 29004, in *C.E.D.*, rv. 253312; Cass., Sez. V, 25 marzo 2004, n. 31715, *Cass. pen.*, 11, 2005, 3344; Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 22203, *ivi*, 2018, 1, 253. In dottrina cfr. G. LEINER, *Quale inquadramento giuridico per la tortura subita in carcere? Maltrattamenti in famiglia o abuso di autorità contro arrestati o detenuti?*, in *Foro it.*, 2014, IV, 260.

⁴²⁹G. LANZA, *Obblighi internazionali di incriminazione penale*, cit., 750.

l'art. 605 comma 1, n. 2 c.p., prevedendo un aggravamento di pena nel caso in cui il reato venga commesso da un pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti le sue funzioni, si prestava a coprire, in maniera quasi esclusiva, i casi di *extraordinary renditions*⁴³⁰.

La lacuna forse più evidente dell'ordinamento italiano riguardava l'assenza di tutela di fronte a forme di tortura a carattere psicologico⁴³¹, che invece è ritenuta componente indispensabile della fattispecie tanto ai sensi dell'art. 13 Cost. («*violenze morali*») quanto ai sensi dell'art.1 CAT («*sofferenze mentali*»). Le fattispecie che venivano invocate per far fronte alla lacuna in materia erano individuate nell'ingiuria (*ex art. 594*), nella minaccia (*ex art. 612*), nella violenza privata (*ex art.610*) e nello stato di incapacità procurato mediante violenza (*ex art. 613*), punite con pene inidonee a riflettere il disvalore delle condotte connotate da particolare insidiosità⁴³². Tali figure criminose, inoltre, presentavano un ulteriore limite consistente nell'impossibilità di ricomprendere l'evoluzione delle tecniche utilizzabili.

Se si presta attenzione anche alle norme del codice penale deputate a sanzionare forme di tortura lesive dell'integrità fisica, quali le percosse (*ex art. 581*) e le lesioni personali (*ex art. 582*), si nota come anche queste non abbiano offerto una risposta adeguata, non solo, ancora una volta, in relazione al trattamento sanzionatorio particolarmente lieve ma, con riguardo alle lesioni, sarebbe stato necessario che dalla condotta violenta del soggetto agente fosse derivata «*una malattia nel corpo o nella mente*», da intendersi secondo la prevalente nozione funzionalistica, come un fatto morboso, determinante

⁴³⁰E. SCAROINA, *op.cit.*, 234.

⁴³¹Sul punto cfr. la relazione illustrativa del d.d.l. n. S. 2701/1997 (consultabile sul sito www.senato.it). Non erano dunque «*punibili quei fatti di tortura idonei a cagionare delle gravissime sofferenze psichiche, ove da tali fatti non derivino lesioni personali. Puntare una pistola alla tempia della persona sottoposta ad interrogatorio, inscenare una falsa fucilazione, sono fatti che possono provocare sofferenze psicologiche molto più devastanti delle sofferenze provocate da lesioni personali, e rientrano, pertanto, nel concetto di tortura. In ipotesi del genere si potrebbe fare ricorso, tutt'al più, alla norma incriminatrice della minaccia (articolo 612 del codice penale), la cui pena è assolutamente inadeguata*».

⁴³²A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit. 7; G. LANZA, *Obblighi internazionali di incriminazione penale*, 752; T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, 27; E. SCAROINA, *op. cit.*, 235.

un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo⁴³³. Accogliendo tale nozione ristretta di malattia, si rendevano le lesioni personali inidonee a reprimere quelle forme di tortura che, pur infliggendo forti sofferenze, non lasciavano tracce sul corpo della vittima⁴³⁴. Inoltre, proprio nei reati di lesioni e percosse sarebbe mancato l'elemento psicologico dell'infliggere «*intenzionalmente*» dolore e sofferenze gravi, tipico invece nella tortura definita dal diritto pattizio⁴³⁵, non potendosi, così, definire integrale la copertura delle condotte vietate dalla Convenzione.

Nell'ambito della repressione della tortura fisica poteva, infine, farsi rientrare il delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. Esso punisce, infatti, chiunque maltratti non soltanto una persona della famiglia o comunque convivente, ma anche una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia. Affinché possa configurarsi questo reato, deve sussistere una relazione parafamiliare fra soggetto attivo e soggetto passivo e devono ravvisarsi una serie di parametri individuati dalla Suprema Corte⁴³⁶ in base ai quali è possibile identificarla: devono sussistere relazioni intense e abituali; devono essere presenti consuetudini di vita fra i soggetti; deve essere riscontrabile la soggezione di una parte nei confronti dell'altra e il soggetto più debole deve poter riporre fiducia in quello che ricopre una posizione di supremazia. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il rapporto instauratosi fra gli agenti di Polizia Penitenziaria e i detenuti fosse inquadrabile in queste caratteristiche e che, quindi, la fattispecie

⁴³³ Tale interpretazione è stata accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione e dalla dottrina ed è, ad oggi, l'orientamento prevalente: Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.* 2009, 6, II, 305, con nota di G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*. L'impostazione si contrappone ad un più risalente orientamento che delinea un concetto estremamente ampio dell'evento malattia, da intendersi «*qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali*». *Ex multis* Cass., Sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258, *Giust. pen.*, 1985, II, 32.

⁴³⁴ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 8; E. SCAROINA, *op.cit.*, 235.

⁴³⁵ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit. 138.

⁴³⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 27 giugno 2019, n. 28251, in *Dir. e giust.*, 28 giugno 2019; Sez. VI, 4 settembre 2018, n. 39920, in <http://www.iusexplorer.it>.

fosse applicabile alle ipotesi di maltrattamenti in carcere⁴³⁷. La necessità di questo elemento per l'integrazione del fatto, tuttavia, lasciava fuori dall'ambito di applicazione della fattispecie tutti quei casi di tortura che non avvenivano in un contesto così qualificato. Benchè la pena prevista per detto reato non fosse irrisoria, anche tale fattispecie non sembrava, quindi, poter supplire alla mancanza di una norma *ad hoc* contro la tortura.

Mancava, infine, in questa così come in tutte le fattispecie fino ad ora analizzate, un elemento fondamentale della definizione di tortura, atto a legare insieme tutti gli elementi di cui essa si compone, vale a dire il dolo specifico, ossia lo scopo di ottenere informazioni o confessioni, punire, intimidire o discriminare, che collegasse tutti i frammenti della condotta rendendone palese il disvalore. In sede convenzionale, invero, l'atto di tortura non consiste semplicemente nella violenza esercitata nei confronti di un soggetto su cui si ha una posizione di forza, ma si esprime più precisamente nella coartazione della sua volontà per la realizzazione una serie di scopi perseguiti dal soggetto agente.

L'inadeguatezza degli strumenti idonei a contrastare le pratiche di tortura emergeva anche con riferimento al giudizio di bilanciamento. Essendo un crimine contro l'umanità, avrebbe dovuto essere, in quanto tale, espressamente estromesso dallo stesso evitando la soccombenza dinanzi alla presenza di eventuali circostanze attenuanti⁴³⁸, situazione che non si è verificata nelle vicende di Asti e Genova. L'applicazione della disciplina delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 nn. 5 e 9⁴³⁹ c.p. non serviva a determinare un incremento dell'effetto deterrente dei reati comuni sopra richiamati, proprio in virtù del bilanciamento delle circostanze *ex art. 69 c.p.*

⁴³⁷Cass., Sez. VI, 21 maggio 2012, 30780, in *Foro. it.*, 2014, 260, con nota di G. LEINERI, *Quale inquadramento giuridico per la tortura subita in carcere? Maltrattamenti in famiglia o abuso di autorità contro arrestati o detenuti?*

⁴³⁸ Basti pensare alla natura circostanziale delle lesioni gravi e gravissime, il cui inasprimento del quadro sanzionatorio risultava essere poi vanificato a seguito del giudizio di bilanciamento posto dall'art. 69 c.p. In tal senso, E. SCAROINA, *op.cit.*, 235.

⁴³⁹La disposizione introduce due aggravanti nel caso di qualunque forma di violenza fisica o morale perpetrata ai danni rispettivamente di un soggetto che si trovi in condizioni di minorata difesa o da parte di chi abusi dei poteri o violi i doveri inerenti ad una pubblica funzione o un pubblico servizio.

Dal punto di vista sanzionatorio, non si può non sottolineare come tale batteria di norme si collocasse in una fascia in cui fossero pienamente applicabili quei meccanismi come la sospensione condizionale della pena, l'affidamento in prova ai servizi sociali o, ove possibile, l'indulto o l'amnistia, tradizionalmente considerati come strumenti di «*fuga dalla sanzione*», caratterizzanti i reati di gravità medio-bassa ed idonei ad esplicare un serio effetto deterrente⁴⁴⁰.

Inoltre, la maggior parte dei reati sopra elencati era accumulato dalla procedibilità a querela della persona offesa. Tale circostanza rappresentava un ostacolo al loro accertamento, in relazione al fatto che per timore di ritorsioni e per le costanti pressioni psicologiche, le vittime non sporgevano querela ovvero potevano essere sottoposte a pressioni e vessazioni per rimetterla⁴⁴¹. A ciò si aggiungevano i termini brevi di prescrizione che, in caso di vicende particolarmente complesse (come quelle del G8), non avevano permesso di arrivare in tempo utile a condanne definitive. Non sorprende, quindi, che i colpevoli degli atti di tortura siano usciti sostanzialmente indenni dai procedimenti penali a loro carico, approfittando di una punibilità «*a maglie larghe*».

Sebbene ad una prima lettura superficiale, dinanzi alla molteplicità delle fattispecie applicabili, sembrava pretestuoso lamentare un'insufficienza di tutela, attraverso un'analisi più accurata si è mostrata l'inadeguatezza di questo sistema frammentario che, da un lato, non è riuscito a cogliere l'intero disvalore di fatti tanto gravi di lesione della dignità umana e, dall'altro, ha rischiato di non reprimere tutte le possibili forme di manifestazione della tortura⁴⁴². In un tale contesto, era evidente la necessità di introdurre nel codice penale una norma incriminatrice *ad hoc*, il quanto più possibile conforme alla

⁴⁴⁰C. INGRAO, *Tortura*, in *Il Penalista (web)*- <http://www.ilpenalista.it>, 25 settembre 2017, 3.

⁴⁴¹ *Ibidem*; A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 8; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 138.

⁴⁴²Cfr., *ex multis*, A. ESPOSITO, Art. 3. *Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001, 76 ss; P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Pol. dir.*, fasc. 3, 2017, 420 ss; T. PADOVANI, *Lezione II sulla tortura alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, 5 febbraio 2007, dattiloscritto, 23 ss.

nozione di tortura prevista nell'art. 1 della Convenzione ONU, procedibile d'ufficio (per evitare margini di impunità) e caratterizzata da una cornice edittale «*sufficiente ad assicurare un adeguato effetto deterrente nei confronti dei potenziali rei, in maniera da sottrarre il più possibile i processi al rischio della prescrizione*»⁴⁴³.

4. Il tormentato iter legislativo

Nei paragrafi precedenti sono state esaminate le giustificazioni adottate dal Governo italiano di fronte alle richieste degli organi internazionali di prevenzione di introdurre una fattispecie incriminatrice *ad hoc* in materia di tortura. Giustificazioni che facevano leva sulla vigenza, nel nostro ordinamento, di una serie di reati già di per sé idonei a «coprire» fatti costituenti tortura.

L'insieme delle ipotesi delittuose erano, quindi, riconducibili all'interno di due categorie: da un lato fattispecie comuni che punivano «*chiunque*» ponesse in essere atti di tortura, dall'altro norme dirette a sanzionare specificamente i pubblici ufficiali che commettevano abusi di vario genere. Fino al luglio 2017, data dell'approvazione della legge sul delitto di tortura, il dibattito pubblico si è incentrato sulla questione se prevedere una punizione specifica per gli ufficiali dello Stato o se fare della tortura un delitto generico, ovvero se la qualifica della pubblica autorità avrebbe determinato un semplice aggravamento di pena⁴⁴⁴. Tutto il resto (ossia, il dolo specifico, reato di azione o di evento, tipologie dell'azione, pluralità di condotte, tempi speciali di prescrizione ed entità della pena) ne rappresentava una conseguenza. La storia legislativa dei tentativi di codificazione è iniziata a partire dal 1989, subito dopo la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione ONU contro la tortura. Il primo tentativo di introdurre il reato si ebbe nel corso della X legislatura (1987- 1992), in cui

⁴⁴³F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre*, in *Dir. pen. contemporaneo*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 25 settembre 2014.

⁴⁴⁴P. GONNELLA, *op. cit.*, 72; ID., *Storia, natura e contraddizioni*, *cit.*, 424 ss.; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, *cit.*, 754-761.

vennero presentate due proposte di legge⁴⁴⁵ che, per svariate ragioni, non giunsero mai ad un'approvazione definitiva. Negli anni successivi la tortura venne posta nel «*dimenticatoio*»⁴⁴⁶. Altri tentativi di introduzione del reato si ebbero durante la XIII legislatura (1996- 2001)⁴⁴⁷, anche se nuovamente nessun progetto di legge venne mai discusso in aula. L'interesse all'introduzione di una fattispecie ad *hoc* ritornava con la XIV legislatura (2001-2006). Non si trattava di una casualità, dati gli accadimenti del periodo che collocarono il tema della tortura al centro del dibattito politico e pubblico⁴⁴⁸. Vennero presentati, infatti, sette progetti di legge⁴⁴⁹ che, questa volta, a differenza di quanto accadde durante la XIII legislatura, vennero riuniti dalla Commissione Giustizia in un testo di legge unificato⁴⁵⁰, in quale fu approvato, calendarizzato per essere

⁴⁴⁵Si tratta delle proposte di legge nn. 1677 del 1989 e 2659 del 1991. Il parlamentare che per primo propose una legge per introdurre nell'ordinamento penale italiano il crimine di tortura fu il senatore Nereo Battello. L'Italia aveva da poco ratificato e reso esecutiva (il 3 novembre 1988) la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti inumani e si era, quindi, impegnata ad adeguare la propria normativa prevedendo uno specifico reato di tortura. L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, *La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2018, fasc.2, 35.

⁴⁴⁶Nell'XI (1992- 1994) e nella XII (1994-1996) legislatura, infatti, nessuna proposta di legge fu depositata.

⁴⁴⁷Nel corso della XIII legislatura vennero proposti cinque progetti di legge: la proposta di legge n. 4087 del 1997, ed i disegni di legge n. 2701 del 1997, 3691 del 1998, 3705 del 1998, 7283 del 2000. Mentre i primi quattro introducevano nel nostro ordinamento una fattispecie autonoma di reato, rubricata «*tortura*» (due proposte qualificavano il reato come generico e altre due come proprio), l'ultimo era volto ad introdurre nel nostro ordinamento una circostanza aggravante ad effetto speciale, non suscettibile di giudizio di bilanciamento, ricorrendo la quale la pena da irrogare per il reato commesso sarebbe stata aumentata da un terzo alla metà. Si sarebbe applicata per reprimere delitti dolosi contro la persona consumati, o tentati, con modalità implicanti qualsiasi forma di coazione fisica o psichica, quando il colpevole avesse commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio adoperando sevizie o agendo con crudeltà o comunque ricorrendo ad altre modalità di violenza fisica o morale verso la persona, idonee ad intimidirla ovvero a ridurne in modo apprezzabile la libertà di autodeterminarsi allo scopo di ottenere da essa o da altri dichiarazioni o informazioni, non operando, invece, in caso di «*tortura privata*». La critica mossa al fatto di prevedere una circostanza aggravante per reprimere fatti di tortura, pur se blindata, è stata da alcuni ravvisata nella violazione della dignità umana.

⁴⁴⁸Si pensi, nel 2001, all'irruzione alla scuola Diaz di Genova ed alle torture perpetrate nella caserma di Bolzaneto, all'apertura del campo di prigionia a Guantanamo, al di fuori del rispetto delle regole di diritto statunitense ed internazionale umanitario nel 2002 ed alle torture ad Abu Ghraib, fino a giungere, nel 2004, a quelle avvenute nel carcere di Asti. Sul punto cfr., P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni*, cit., 435.

⁴⁴⁹Si tratta, delle proposte di legge nn. 1483 (On. Ruzzante), 1518 (On. Piscitello), 1948 (On. Biondi) e dei disegni di legge nn. 582 (Sen. De Zulueta), 1282, 1317 (Pianetta), 1608 (Salvi).

⁴⁵⁰Il riferimento è d.d.l. unitario A.C. 1483, che prevedeva l'introduzione del delitto proprio di tortura, inserendo nel codice penale l'art. 613-*bis*, secondo cui «*Il pubblico ufficiale o*

sottoposto all'esame dell'Assemblea. Lo stesso, però, non fu mai discusso effettivamente in Aula, proprio a causa della presentazione di un emendamento che introduceva il tema della non punibilità nel caso di violenze e delle minacce non reiterate e che bloccò, quindi, l'iter legislativo⁴⁵¹. E' stato questo il periodo in cui, tra l'altro, con legge 31 gennaio 2002, n. 6, si introduceva nel codice penale militare di guerra, il sopra richiamato art.185-*bis* c.p.m.g.

La XV legislatura (2006- 2008) durò solo due anni; nonostante ciò numerose furono le proposte di legge depositate. Vennero avanzate, infatti, otto proposte legislative⁴⁵². Le quattro presentate alla Camera vennero unificate in un unico testo⁴⁵³, approvato dall'Assemblea nel dicembre del 2006. In Senato, tuttavia, il dibattito si interruppe a causa della fine anticipata della legislatura, dovuta ad una crisi di Governo.

Nel corso della XVI legislatura (2008- 2013), si registrava il maggior numero di proposte concorrenti all'introduzione del reato di tortura. Furono undici le proposte di legge presentate, senza che le stesse, però, venissero mai presentate

l'incaricato di pubblico servizio che, con violenze o minacce gravi, infligge ad una persona sottoposta alla sua autorità sofferenze fisiche o mentali allo scopo di ottenere informazioni o confessioni da essa o da una terza persona su un atto che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso ovvero allo scopo di punire una persona per gli atti dalla stessa compiuti o che la medesima è sospettata di aver compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa, o sessuale, è punito con la reclusione da uno a dieci anni».

⁴⁵¹Tale emendamento suscitò le critiche di molte organizzazioni non governative, poiché l'introduzione di un delitto di tortura «*reiterata*» nel codice penale italiano, avrebbe rappresentato un *unicum* nell'ambito della proibizione della tortura, non essendo il reato previsto in tale forma in nessun ordinamento democratico moderno, dal momento che avrebbe realizzato forme di «*tolleranza*» nei casi in cui la stessa si fosse realizzata mediante un unico episodio. Cfr. S. NEGRI, “*Violazioni strutturali*” e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso *Cestaro c. Italia* e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Dir. pen e proc.*, 12/2016, 1664.

⁴⁵² Più nel dettaglio, C. 915 (On. Pecorella), C. 1206 (On. Forgione), C. 1272 (On. De Zulueta), C. 1279 (On. Suppa); S. 324 (Sen. Biondi), S. 789 (Sen. Bulgarelli), S. 895 (Sen. Pianetta) e S. 954 (Sen. Iovene).

⁴⁵³Si trattava del testo trasmesso poi al Senato sotto forma di d.d.l. S. 1216. Lo scopo era introdurre due norme all'interno del codice penale: l'art. 613-*bis* (concernente in delitto di tortura) e l'art. 613-*ter* (concernente l'ipotesi di commissione all'estero di fatti di tortura). In relazione alla prima fattispecie, il testo unificato esprimeva una situazione di compromesso, ovvero si delineava la tortura come delitto comune e si prevedeva una circostanza aggravante in caso di commissione dello stesso da parte di un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio ed in tal caso la pena del reato base, da tre a dodici anni, veniva aggravata. Era previsto, altresì, l'aumento della pena nel caso in cui dal fatto fosse derivata una lesione grave o gravissima ed il raddoppio della pena qualora fosse derivata la morte della persona offesa.

in Aula⁴⁵⁴.

Si giunse, così, alla XVII legislatura. I lavori parlamentari iniziarono il 22 luglio 2013. Nella Commissione Giustizia del Senato venne esaminato il Disegno di legge 10 (Manconi) e discusso congiuntamente con altri disegni di legge aventi in medesimo oggetto⁴⁵⁵. Dopo essere stato approvato in Commissione come testo unificato, il disegno di legge fu adottato in Assemblea il 5 marzo 2014⁴⁵⁶. Il testo passò successivamente alla Camera, adottandolo a sua volta, il 9 aprile 2015⁴⁵⁷, dopo aver apportato significative modifiche, riguardanti principalmente la definizione delle condotte integranti gli estremi del reato di tortura⁴⁵⁸, la pena minima prevista per il reato comune (aumentata da tre a quattro anni di reclusione), la pena applicabile in caso di omicidio colposo (da trent'anni di reclusione all'aumento di due terzi della pena) e l'aumento del massimo editale della pena per il reato commesso dal pubblico ufficiale (da dodici a quindici anni), in relazione al quale si richiedeva la

⁴⁵⁴S. 256 (Sen. Amati), S. 264 (Sen. Fleres), S. 374 (Sen. Della Seta), S. 1237 (Sen. Poretti), S. 1596 (Sen. Di Giovan), S. 1884 (Sen. Li Gotti), S. 3267 (Sen. Mercenaro); C. 875 (On. Pisicchio), C. 1508 (On. Bressa), C. 1838 (On. Torrisi- Carlucci), C. 3094 (on Bernardini).

⁴⁵⁵S. 10 (Manconi), S. 362 (Casson), S. 388 (Barani), S. 395 (De Petris- De Cristofaro), S. 849 (Buccarella), S. 874 (Torrisi).

⁴⁵⁶ Il testo licenziato dal Senato qualificava il reato di tortura come comune (con pena da tre a dieci anni), prevedendosi l'aggravante della commissione della stessa da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio (con pena variabile da cinque a dodici anni). Non venivano indicate le finalità ovvero i motivi della tortura e prevedeva il requisito delle «*violenze o minacce gravi*», utilizzando il plurale. Le pene erano aumentate di un terzo o della metà in caso, rispettivamente, di lesioni personali gravi o gravissime, potendo arrivare fino ai trent'anni di reclusione o all'ergastolo in caso di omicidio colposo o volontario. Il testo trovò concordi tutti i gruppi e passò quasi all'unanimità (231 voti a favore e tre astenuti, nessun voto contrario). Votò favorevolmente anche il Sen. Luigi Manconi, nonostante espresse nel suo intervento «*una forte perplessità e una radicale insoddisfazione*» per i cambiamenti che «*depotenziano in maniera grave il senso, la prospettiva e la finalità di questa normativa*».

⁴⁵⁷ Non pare un caso che tale adozione sia sopraggiunta dopo la sentenza della Corte di Strasburgo, in cui veniva condannata l'Italia per le torture commesse dalla polizia della scuola Diaz-Pertini, durante il G8 di Genova del 2001. La sentenza ha avuto un effetto mediatico dirompente tanto che l'allora Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, intervenne sostenendo che la migliore risposta alla sentenza della Corte di Strasburgo fosse la rapida approvazione della legge sulla tortura.

⁴⁵⁸ Il testo della legge approvato è stato il seguente: «*Chiunque, con violenza o minaccia ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza, intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni*».

presenza dell'«abuso dei poteri o [...] violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio»^{459 460}. Ritrasmeso al Senato il 13 aprile 2015, il testo venne nuovamente emendato in Commissione Giustizia ed approvato nella seduta del 7 luglio 2015⁴⁶¹. Con gli emendamenti apportati in Commissione, si fece ritorno, in parte, all'impostazione originaria che fu approvata dal Senato nel 2014⁴⁶². Alla rapida retromarcia in Commissione seguì, in effetti, un vistoso rallentamento dell'iter parlamentare. La discussione riprese senza fretta e il tema tortura scomparve dall'agenda politica. Solo nel 2016, quasi un anno dopo il passaggio in Commissione Giustizia, si cominciò ad intravedere un clima nuovo⁴⁶³, addivenendo il 17 maggio 2017 all'approvazione del disegno

⁴⁵⁹Atto Camera n. 2168, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*. Cfr. F. GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura: una riflessione sulla proposta di legge n. 2168*, in *Com. int.*, 1/ 2014, 595; M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Giust. pen.*, 4/ 2015, 252. Il testo della legge, una volta uscito dal Senato, è stato sottoposto ad alcuni cambiamenti già in Commissione. Tali cambiamenti sono stati il frutto anche delle numerose audizioni svolte in cui sono intervenute importanti autorità. Sono stati, infatti, chiamati a intervenire i Presidenti di Amnesty International Italia e Antigone; il presidente del Consiglio europeo per la cooperazione nell'esecuzione penale del Consiglio d'Europa; Segretario e Presidente dell'Unione Camere penali; il Presidente dell'Associazione nazionale magistrati; il Giudice ed ex Sottosegretario Alfredo Mantovano; i Professori Tullio Mantovani e Francesco Viganò; i rappresentanti di quattordici diversi sindacati delle varie forze di polizia e infine il Capo della polizia Alessandro Pansa. Proprio in tale sede, veniva richiesta una maggiore tipizzazione della fattispecie, in modo tale da delimitare il confine ed escludere un possibile conflitto con altri reati contro la persona connotati da una minore gravità.

⁴⁶⁰ Come è stato sottolineato da un'attenta dottrina, la norma non andava esente da critiche laddove, limitando l'ambito delle possibili vittime alle persone «affidate all'agente, o comunque sottoposte alla sua autorità, vigilanza o custodia» finiva con l'escludere la punibilità di quei fatti, commessi prima che le vittime fossero tratte in arresto, così come accaduto nell'ambito della Scuola Diaz-Pertini di Genova. S. NEGRI, «Violazioni strutturali» e ritratto nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., 1665; E. SCARONA, *op.cit.*, 251; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 4-6

⁴⁶¹Atto Senato n. 10-362-388-395-849-874-B (Manconi e altri), *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*.

⁴⁶²Rispetto al testo del 2014, veniva reintrodotta il tanto criticato requisito della reiterazione e spariva il riferimento ai trattamenti inumani e degradanti, già eliminato dalla Camera: «Chiunque con reiterate violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da tre a dieci anni». La qualifica di pubblico ufficiale costituiva mera circostanza aggravante, la cui pena risultava nuovamente ridotta nel suo massimo a dodici anni di reclusione.

⁴⁶³ Il Governo Gentiloni si era prefissato di voler chiudere la legislatura approvando una serie di riforme giudicate importanti, tra le quali, appunto, la legge sulla tortura. L'Italia non si trovava, certo, in una buona posizione, vista la condanna riportata in seguito al Caso Cestaro e l'attesa di altre condanne con riguardo al caso Diaz e ad altri fatti avvenuti, sempre durante il

di legge che avrebbe introdotto il reato di tortura nel nostro ordinamento.

Il 19 maggio 2017 iniziava alla Camera la discussione sul testo in commissione, il cui *iter* si concludeva con l'approvazione definitiva il 5 luglio 2017 e l'adozione in via definitiva della legge 110/2017 che diede il volto alla fattispecie tanto auspicata e collocata nell'art. 613-bis⁴⁶⁴ ed al delitto di istigazione alla tortura *ex art.* 613-ter⁴⁶⁵ c.p. Faceva, così, il suo ingresso un delitto generico, risultato peraltro ormai acquisito da quando, nella XV legislatura, uno dei due rami del Parlamento aveva approvato la proposta di legge che prevedeva il delitto di tortura come comune e non proprio⁴⁶⁶.

A ben vedere, quindi, la legislazione penale di uno Stato rappresenta il mero riflesso dell'operato del suo legislatore e, nel caso dell'ordinamento italiano, le

G8 di Genova del 2001, nella caserma-carcere di Bolzaneto. Cfr., M. CALANDRI, *Bolzaneto. La mattanza della democrazia*, Roma, 2008, *passim*; R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Torino, 2014, *passim*.

⁴⁶⁴Art. 613-bis (Tortura): «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

⁴⁶⁵Art. 613-ter (Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura): «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

⁴⁶⁶Gli ostacoli più difficili a cui è andato incontro il percorso parlamentare delle proposte, all'origine del fallimento, per molti anni, di ogni tentativo di riforma, sono stati dettati da motivazioni squisitamente politiche. Decisamente politicizzata è stata, infatti, la discussione sull'alternativa reato proprio e reato comune. Una parte dello schieramento politico, dicendosi contraria ad ogni forma di criminalizzazione delle forze di polizia, si è opposta strenuamente alla previsione della tortura come reato proprio; un'altra componente, costituita da coloro che hanno ritenuto la tortura un abuso di potere, ha espresso con forza la propria contrarietà alla sua configurazione quale reato comune. Sul punto, A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 362-363.

carenze strutturali della legislazione penale hanno rispecchiato fedelmente la colpevole e perdurante latitanza del nostro legislatore, un «*boicottaggio mascherato*»⁴⁶⁷, dinanzi ad un'esigenza, quella di una adeguata ed effettiva criminalizzazione della tortura, «*che avrebbe meritato la sua incondizionata e prioritaria attenzione*»⁴⁶⁸. Occorre ora spostare l'attenzione dal piano dell'analisi delle inadempienze del legislatore patrio a quello «*della valutazione del prodotto confezionato*» da quest'ultimo⁴⁶⁹. Egli, infatti, ha demandato all'interprete la chiarificazione di molti punti connotati da una certa indeterminatezza. Come sostenuto dalla dottrina⁴⁷⁰, all'indomani dell'approvazione della legge n. 110/2017, visto l'elevato *deficit* di determinatezza che caratterizza la disposizione in esame, è stato demandato alla giurisprudenza l'arduo compito di dover effettuare quelle scelte di politica criminale⁴⁷¹ a cui il legislatore pare essersi sottratto.

4.1. Un'accelerazione verso l'introduzione del reato: l'impulso della Corte di Strasburgo

Si è già anticipato che una forte accelerazione dei lavori parlamentari per l'introduzione della fattispecie *ad hoc* di tortura si è avuta soprattutto a seguito di due importanti pronunce della Corte di Strasburgo: *Cestaro c. Italia*⁴⁷² e

⁴⁶⁷ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 132.

⁴⁶⁸ V., G. BORGNA, *L'insostenibile leggerezza del non-essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *Quad. SidiBlog*, vol. II, 2015, 468.

⁴⁶⁹ E. SCARONA, *op. cit.*, 253.

⁴⁷⁰ A. GAMBERINI, *La punizione della tortura entra dalla porta di servizio, il testo in Gazzetta*, in *Quotidiano giuridico (web)* - <http://www.quotidianogiuridico.it>, 19 luglio 2017; I. MARCHI, *Il delitto di tortura: le prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 31 luglio 2017, 167.

⁴⁷¹ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3/2016, 13-38.

⁴⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884/11. Per un commento della decisione si vedano, G. BORGNA, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 463-471; F. BUFFA, *La Cedu e la Diaz 2.0*, in *Quest. giust.*, (web) - <http://www.questionegiustizia.it>, 28 giugno 2017; S. BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta di indigente attualità*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 giugno 2013, 56; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *ivi*, 27 aprile 2015, 1 ss.; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2009, 1801 ss; D. FALCINELLI, *Il delitto di*

*Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*⁴⁷³. Nel corso degli anni sono state molteplici le sentenze con le quali la Corte Edu si è pronunciata nei confronti del nostro Paese per le violazioni dell'art. 3⁴⁷⁴, a tutela degli individui sottoposti a

tortura, prove di oggettivismo penale, in *Arc. Pen.*, 3/2017, 4-10; S. NEGRI, "Violazioni strutturali", cit., 1657-1670; C. PEZZIMENTI, *Nella Scuola Diaz-Pertini fu tortura: La Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, in *Giur. it.*, 7/2015, 1709; I. SALVI, *Da Genova a Strasburgo: la sentenza della Corte EDU. Cestaro contro Italia ci condanna per i "fatti della Diaz" del 2001. Nota a Corte eur. dir. uomo, Sez. IV 17 marzo 2015 (Cestaro c. Italia)*, in *Crit. dir.*, 2015, 180-198; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, (web) - <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 11/ 2017, 4-7; A. VALENTINO, *Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della CEDU: ragioni della pronuncia a ripercussioni sull'ordinamento. Nota a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Cestaro c. Italia, del 7/04/2015*, in (web)-<http://www.osservatorioaic.it>, luglio 2015, 1 ss; F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 aprile 2015, 1 ss; F. ZACCHÈ, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il reato di tortura*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 462; E. ZUCCA, *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto, un altro grido nel deserto. L'Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in *Quest. giust.*, (web)-<http://www.questionegiustizia.it>, 22 novembre 2017.

⁴⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2017, *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*, ric. nn. 12131/13 e 43390/13. V., F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 giugno 2017.

⁴⁷⁴ Tra le più recenti pronunce, si segnalano quattro condanne inflitte dalla Corte EDU, delle quali una avente ad oggetto il sequestro di Abu Omar nell'ambito del programma statunitense delle *extraordinary renditions*, due aventi ad oggetto i fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto ed una terza i trattamenti subiti nel carcere di Asti da due detenuti. (Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, ric. n. 44883/09, ampiamente commentata in dottrina da C. CANDELMO, *Il ruolo italiano nella pratica delle extraordinary renditions: il caso Nasr et Ghali c. Italie*, in *Osservatorio cost.*, 3, 2016, 1 ss; M. MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 febbraio 2016; E. SELVAGGI, *Il caso Abu Omar davanti alla Corte europea: qualche opportuna precisazione*, ivi, 2 maggio 2016; T. SCOVAZZI, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, 157 ss; A. VALENTINO, *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio cost.*, 3, 2016, 1 ss. Con riguardo alle altre pronunce., v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 2017, *Azzolina e altri c. Italia*, ric. n. 28923/09 e n. 67599/10; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 2017, *Blair e altri c. Italia*, ric. n. 1442/14, 21319/14, 21911/14; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne*, ric. n. 2539/13 e 4705/13, tutte commentate da F. CANCELLARO, *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 novembre 2017. In queste ultime sentenze viene ribadita l'assenza di un delitto di tortura all'interno del nostro ordinamento, l'inefficacia dei giudizi disciplinari a carico dei responsabili, o perché non sono state irrogate sanzioni o perché ne è mancato l'effetto sospensivo del servizio, oltre alle circostanze che i reati contestati non sono pervenuti ad effettivi esiti sanzionatori a causa del regime prescrizione e dell'estinzione delle pene, applicate anche in via definitiva, a seguito dell'indulto).

controlli di pubblica sicurezza o in stato di privazione della libertà personale⁴⁷⁵. Si pensi alla prima condanna maturata nel 2000, *Labita c. Italia*⁴⁷⁶, in cui all'unanimità, l'Italia è stata ritenuta responsabile per la mancanza di un'inchiesta effettiva sui maltrattamenti subiti dal ricorrente, detenuto nei carceri di Termini Imerese e Pianosa. Da allora si è assistito ad un incremento delle pronunce del Giudice di Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU, in contesti più svariati: dal sovraffollamento carcerario, alle vessazioni sopportate dai detenuti nel carcere, all'incompatibilità del regime carcerario a causa delle condizioni di salute dei ricorrenti, alle violenze inferte dalle forze dell'ordine in occasione di alcuni arresti, ai respingimenti di massa dei migranti verso la Libia, ai tentativi di respingimento dei cittadini verso Paesi in cui si pratica la tortura etc.

Sulla scia di queste numerose pronunce, si è inserito dapprima il caso *Cestaro*, il quale non è sembrato e non è stato, di fatti, il «solito» intervento del Giudice di Strasburgo in Italia in materia di tortura⁴⁷⁷. A differenza di quelle precedenti⁴⁷⁸, la sentenza *Cestaro* ha avuto un'eco particolarmente ampia per una serie di ragioni che verranno di seguito analizzate. Come è noto, i fatti che hanno dato origine al ricorso risalivano alla notte tra il 21 ed il 22 luglio 2001, presso la Scuola Diaz-Pertini di Genova, al termine del vertice del G8⁴⁷⁹. In tale contesto, «una macedonia di reparti mobili» composta da circa cinquecento tra poliziotti e carabinieri⁴⁸⁰ compivano un'irruzione⁴⁸¹ presso il

⁴⁷⁵In argomento, S. NEGRI, *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (Artt. 2 e 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 115 ss.

⁴⁷⁶Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/85.

⁴⁷⁷D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 4.

⁴⁷⁸Le sentenze di condanna per violazione dell'art. 3 CEDU, pronunciate dalla Corte EDU, in genere si sono limitate ad applicare i consolidati principi fondamentali elaborati dalla Corte nell'ambito della sua precedente giurisprudenza, essendo le stesse prive di qualsivoglia elemento di novità. Sul punto, cfr. S. NEGRI, «*Violazioni strutturali*», cit., 1669.

⁴⁷⁹Per una ricostruzione degli avvenimenti, si vedano Corte App. Genova, sez. II, 5 marzo 2010, n. 678 (per i fatti di Bolzaneto); Corte App. Genova, sez. III, 18 maggio 2010, n. 1530 (per i fatti avvenuti nella scuola Diaz). Cfr. Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085 (per i fatti accaduti nella scuola Diaz); Cass., Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3708813 (per i fatti avvenuti all'interno della caserma di Bolzaneto).

⁴⁸⁰Corte d'Appello di Genova, 5 marzo 2010, cit., 204.

complesso scolastico *Diaz-Pertini*, in cui alloggiavano i manifestanti del G8, autorizzati dal Comune di Genova a pernottare all'interno della scuola. In particolare, il ricorrente, cittadino italiano, sessantaduenne all'epoca dei fatti oggetto di doglianza, gravemente ferito dalle forze di polizia a seguito dell'irruzione, subiva delle lesioni gravi, tali da determinare una parziale invalidità permanente. Più nel dettaglio, il Sig. *Cestaro* lamentava di essere stato vittima di abusi e violenze qualificabili come tortura e sosteneva che i responsabili di quegli atti non fossero stati adeguatamente puniti dallo Stato italiano, soprattutto in ragione della prescrizione dei delitti che erano stati contestati ai responsabili, in assenza di un reato *ad hoc*, atto a reprimere fatti di tortura.

Nell'esaminare il caso, la Corte ravvisava la violazione degli obblighi convenzionali, sia sul lato sostanziale che procedurale. Con riguardo alle violazioni sostanziali, la Corte EDU ha individuato, nelle condotte tenute dalle forze di polizia, gli estremi della tortura, in ragione della «*natura particolarmente grave e crudele*» delle violenze perpetrate e della causazione di «*dolori e sofferenze acuti*»⁴⁸² e dell'assenza di qualunque giustificazione in relazione alle stesse⁴⁸³, oltre ai numerosi tentativi di giustificare a posteriori l'irruzione nel plesso scolastico ponendo in essere varie forme di depistaggio (falsificazione dei verbali, distruzioni di filmati; ritrovamento di molotov in

⁴⁸¹L'irruzione era stata effettuata da parte della polizia al fine di procedere a perquisizioni per raccogliere elementi di prova contro i c.d. *black-block* che, come noto, avevano posto in essere atti di devastazione e saccheggio nel corso della giornata.

⁴⁸²*Cestaro c. Italia*, cit., par. 179.

⁴⁸³In tale caso era assente qualsiasi nesso di causalità tra la condotta del ricorrente e l'uso della forza da parte degli agenti di polizia. Il ricorrente, infatti, affermava di aver subito gravi e gratuite violenze alla testa, alle braccia ed alle gambe, mentre lo stesso si trovava seduto contro il muro, a braccia alzate, in posizioni umilianti, nell'impossibilità di contattare avvocati o persone di fiducia, nell'assenza di cure adeguate in tempo utile, in assenza di qualsiasi resistenza da parte dello stesso contro la polizia. Tale aspetto lo differenzia rispetto ad altri casi oggetto di attenzione della Corte EDU nei quali, invece, sussisteva il nesso causale tra l'uso sproporzionato della forza da parte degli agenti di polizia e la condotta di coloro che ponevano in essere atti di resistenza fisica o tentativi di fuga. (ne sono esempi Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 2000, *Egmez c. Cipro*, ric. n. 30873/96; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 novembre 2000, *Rehbock c. Slovenia*, ric. n. 29462/95; Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*, ric. n. 14569/05; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 settembre 2013, *Dembele c. Svizzera*, ric. n. 74010/11; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 aprile 2004, *Rivas c. Francia*, ric. n. 59584/00; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia*, ric. n. 34588/07).

modo da attribuirne il posizionamento ai manifestanti). Con riguardo alle violazioni procedurali, invece, veniva rilevato come gli autori materiali degli atti di tortura inflitti al ricorrente non fossero mai stati identificati e quindi rimasti impuniti. Questa era la conseguenza, da un lato, della difficoltà oggettiva, da parte della Procura, di procedere ad identificazioni certe e, dall'altro, dalla scarsa cooperazione della polizia mostrata durante le indagini preliminari. Inoltre, la Corte rilevava come il procedimento penale nazionale non potesse considerarsi effettivo, dal momento che, tenuto conto degli effetti della prescrizione e dell'indulto, nessun imputato era stato definitivamente condannato con specifico riguardo alle condotte violente tenute in occasione dell'irruzione nel plesso scolastico «Diaz-Pertini»⁴⁸⁴, né sospeso dalle proprie funzioni nel corso del procedimento penale. Tale situazione, tuttavia, non poteva essere addebitata alle negligenze delle autorità giurisdizionali nazionali⁴⁸⁵ (che avevano dimostrato una «fermezza esemplare»⁴⁸⁶, soprattutto in Appello e Cassazione) dovendosi riscontrare, invece, una palese inadeguatezza in rapporto alla tutela dei diritti fondamentali, nella legislazione italiana⁴⁸⁷. Era evidente, quindi, la presenza di un difetto di carattere strutturale⁴⁸⁸ della giustizia penale, in relazione al quale la Corte di Strasburgo ha imposto allo Stato italiano di dotarsi di strumenti giuridici volti a sanzionare adeguatamente gli autori di atti di tortura o di altri trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, impedendo che cause estintive del reato o atti di clemenza potessero creare aree di impunità⁴⁸⁹.

Tale sentenza ha rivestito un ruolo cardine in relazione all'introduzione dell'art.

⁴⁸⁴*Cestaro c. Italia*, cit., par. 221. In particolare, come sottolineato dalla Corte di Strasburgo i delitti di calunnia, abuso d'ufficio e di lesioni semplici ascritti agli imputati, si sarebbero prescritti ancora prima del giudizio d'appello e, analogamente, anche il reato di lesioni gravi ascritto solo ad alcuni imputati, era stato dichiarato prescritto dalla Corte di legittimità.

⁴⁸⁵*Ibidem*, par. 223.

⁴⁸⁶*Ibidem*, par. 224.

⁴⁸⁷*Ibidem*, par., 225.

⁴⁸⁸*Ibidem*, par. 242. In relazione alle violazioni strutturali, cfr.: B. NASCIMBENE, *Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 645; G. ZAGREBELSKY, *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: interrogativi a proposito di Broniowsky*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/ 2008, 5.

⁴⁸⁹*Cestaro c. Italia*, par. 246.

613-*bis*. Con tale pronuncia, la Corte ha condannato, all'unanimità, l'Italia al pagamento di un risarcimento per i danni morali subiti dal ricorrente quantificato in via equitativa in quarantacinque mila euro per la violazione dell'art. 3 CEDU, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale. Si distingue, quindi, dalla precedente giurisprudenza di Strasburgo, in quanto costituisce la prima condanna per gli atti commessi dalle forze dell'ordine qualificabili propriamente come «tortura»⁴⁹⁰. Non solo. Mettendo in risalto l'inadeguatezza degli strumenti giuridici interni, lo Stato italiano si è trovato costretto ad abbandonare le proprie resistenze per adeguarsi, quanto prima, ai propri obblighi convenzionali, dovendo provvedere in tempi ragionevoli all'integrazione della legislazione penale, introducendo una disposizione idonea sanzionare in maniera efficace ogni atto di tortura al fine di evitare di perdere ancora credibilità dinanzi alla comunità internazionale.

La battuta di arresto dei lavori parlamentari⁴⁹¹ rischiava di porsi in contrasto con altre disposizioni della CEDU, in particolare con l'art. 46, secondo il quale le Parti contraenti assumono l'impegno di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, dal momento che l'esecuzione della sentenza *Cestaro* aveva subito un ritardo.

La brusca accelerazione alle ultime «*fatiche*» del codificatore nazionale⁴⁹² si è avuta con la sentenza emanata dalla Corte di Strasburgo in data 22 aprile 2017, *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*, con la quale sono state richiamate interamente e confermate le statuizioni già espresse nell'*affaire Cestaro c. Italia*, sia in relazione alle violazioni sostanziali che procedurali dell'art. 3 CEDU, condannando l'Italia al risarcimento dei danni nei confronti dei ricorrenti. Nuovamente, dal punto di vista delle violazioni sostanziali veniva messo in risalto che le violenze subite dalle vittime nella scuola Diaz integrassero una vera e propria tortura, in considerazione della loro natura particolarmente grave, della situazione di sofferenza psicologica e fisica dei soggetti passivi e delle peculiari finalità perseguite dalle forze dell'ordine in

⁴⁹⁰S. NEGRI, «*Violazioni strutturali*», cit., 1658.

⁴⁹¹V., *supra*, par.3.

⁴⁹²D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 7.

quel contesto. Le violenze erano, altresì, ingiustificate ed esercitate a scopo punitivo e ritorsivo, volte a provocare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime⁴⁹³. Sul versante procedurale si ribadiva, ancora una volta, l'inadeguatezza dell'ordinamento italiano circa la repressione della tortura⁴⁹⁴. Contestualmente alla pronuncia *de qua* menzionata, riprendeva l'*iter* legislativo per l'introduzione del delitto di tortura, dovendo la Camera pronunciarsi sulla proposta di legge 2168-B⁴⁹⁵.

Pochi giorni prima della pronuncia della Corte EDU sul caso *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa aveva inviato una lettera ai Presidenti della Camera e del Senato (Laura Boldrini e Pietro Grasso), delle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento (Donatella Ferranti e Nico D'Ascola) ed, infine, al Presidente della Commissione straordinaria per i Diritti umani (Luigi Manconi), nella quale venivano espresse forti preoccupazioni⁴⁹⁶ in ordine alla formulazione del reato di tortura, al tempo prevista nella proposta di legge sopra menzionata, trasmessa alla Camera per la seconda lettura. Il 26 giugno 2017 un altro documento⁴⁹⁷ veniva recapitato al Presidente della Camera. Si trattava di un documento firmato da undici magistrati genovesi impegnati nei processi seguiti ai fatti del G8 del 2001 e contenente un messaggio particolarmente forte: gli episodi qualificati come tortura dalla Corte europea per i diritti umani

⁴⁹³ *Bartesaghi e altri c. Italia*, cit., par. 114.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, cit., par. 121.

⁴⁹⁵ V., *supra*, par. 5.

⁴⁹⁶ In particolare, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ravvisava profili di contrasto del delitto in questione con la giurisprudenza della Corte EDU, con le raccomandazioni del Comitato europeo per la Prevenzione della tortura (CPT) e con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura (CAT). Ancora una volta oggetto di critica era la natura di reato comune del delitto base, con il rischio di un eccessivo depotenziamento della sanzionabilità dei fatti di tortura realizzati dalle autorità statali. Un altro limite era rappresentato da una ristretta area di punibilità dovuta alla necessaria pluralità delle condotte di gravi violenze o minacce o di crudeltà; ovvero dalla presenza di trattamenti inumani «e» degradanti (mentre nella Convenzione di New York i due aggettivi sono posti in alternativa), oltre alla necessità di verificare il trauma psicologico. Infine persisteva l'aspetto problematico dell'inefficacia sanzionatoria, in relazione ai termini «ordinari» di prescrizione, essendo venuta meno la modifica dell'art. 157, comma 6 (nel testo di legge approvato dal Senato), che inseriva il delitto *de quo* tra quelli per i quali era previsto il raddoppio dei termini di prescrizione.

⁴⁹⁷ *Tortura: 'Questo testo è inapplicabile ai fatti del G8'. I magistrati dei processi scrivono a Laura Boldrini*, 26 giugno 2017, <https://altreconomia.it/tortura-appello-boldrini>.

«potrebbero in gran parte non essere punibili come tortura secondo la diversa e contrastante definizione che il Parlamento ha fin qui prescelto», ciò in quanto le gravi condotte compiute con atto unico non sarebbero state punibili ed in virtù dell'insussistenza, come accaduto in relazione a molti episodi avvenuti alla scuola Diaz, del requisito della privazione della libertà da parte delle forze di polizia o della condizione di «*minorata difesa*»⁴⁹⁸.

Il monito proveniente dalle sentenze *Cestaro c. Italia* e *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*⁴⁹⁹, che si presentava come un ordine nei confronti del legislatore nazionale volto ad introdurre idonei strumenti giuridici atti a sanzionare adeguatamente i responsabili di tortura ed altri trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU, aveva innescato l'ultimo impulso al percorso parlamentare. La norma sarebbe stata il frutto di un dibattito che vedeva nel delitto un compromesso tra il reale bisogno della tutela dei diritti umani e l'esigenza di non creare uno strumento di ostacolo alle forze dell'ordine, che avrebbe finito per rappresentare una sorta di «*garanzia della criminalità*»⁵⁰⁰.

La spinta emergenziale proveniente dall'ordinamento sovranazionale che imponeva di premere l'acceleratore verso l'introduzione dell'art. 613-bis c.p., se da un lato ha avuto il merito di colmare una lacuna presente nel nostro ordinamento in relazione alla sanzione di fatti di tortura, dall'altro, proprio questa urgenza di inserimento nella normativa penale di una fattispecie ad *hoc*

⁴⁹⁸ G. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, *La legge sulla tortura*, cit., 46. Per una sintesi delle critiche sollevate, in merito alla legge ancora da approvare, dai Magistrati impegnati nei procedimenti penali che ebbero ad oggetto i fatti accaduti durante il G8 di Genova v., altresì, P. DE FRANCESCHI, *Divieto di tortura: dai principi internazionali alla Legge 110/2017*, in *Giur. pen., (web)* – <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 15-18. Oltre ai motivi già evidenziati si ricordi che «*nemmeno l'agire con crudeltà sarebbe stato ravvisabile nei fatti del G8, avendo la crudeltà un contenuto psichico non facilmente ravvisabile nell'agire del pubblico ufficiale il quale potrebbe sempre opporre di aver agito per fini istituzionali; i comportamenti sanzionabili che non assurgono alla gravità della tortura, sono qualificati come trattamenti inumani e degradanti, quando nella Convenzione EDU e nella giurisprudenza della Corte è sancita l'alternatività tra i due tipi di comportamenti*»; oltre alla «*mancata previsione di una norma che eviti la prescrizione del reato o la concessione di benefici di ogni tipo; mancata previsione di una norma che comporti la sospensione dal servizio dei pubblici ufficiali giudicati colpevoli di atti di tortura o comunque ricadenti entro il divieto dell'art. 3 convenzione EDU*».

⁴⁹⁹ Con la sentenza *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia* si esauriscono i ricorsi al Giudice europeo per i fatti della scuola *Diaz-Pertini*.

⁵⁰⁰ V., resoconto stenografico della seduta del 9 aprile 2014, in <http://www.camera.it>.

è andata ad incidere in maniera negativa sulle tecniche di *drafting* legislativo utilizzate dal nostro legislatore, il quale si è discostato, talvolta, dalle indicazioni dettate a livello internazionale, europeo e costituzionale. Per tali ragioni, nei paragrafi successivi si cercherà di valutare con quale intensità il legislatore nazionale abbia proceduto in una direzione divergente rispetto a tali indicazioni, evidenziando la discrasia degli elementi costitutivi della tortura che si evincono dall'art. 613-bis c.p. rispetto agli elementi che costituiscono la definizione contenuta nell'art. 1 CAT, valutando, altresì, la coincidenza o meno con le aspettative europee ed eventuali aspetti configgenti con quanto sancito dall'art. 13 c. 4 Cost.

Si esaminerà, inoltre, la tecnica legislativa utilizzata, al fine di comprendere se, come ritenuto dalla dottrina maggioritaria, la norma recentemente introdotta sia davvero un esempio di una «*indeterminatezza patologica*», in relazione alla quale il legislatore si è mostrato «*di non possedere le basi minime di conoscenza della grammatica e della sintassi penalistiche*»⁵⁰¹.

5. Delitto di tortura: collocazione sistematica e bene giuridico tutelato

La nuova fattispecie incriminatrice è stata collocata sistematicamente nell'ambito dell'ampio *genus* dei delitti contro la persona (Titolo XII del libro II), tra quelli contro la libertà individuale (Capo III) e, nello specifico, nella Sezione III, tra i delitti offensivi della libertà morale^{502 503}.

⁵⁰¹ G. FLORA, *Il nuovo articolo 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 347.

⁵⁰²Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura*, Add., Bologna, 2017, 13.

⁵⁰³La collocazione delle due fattispecie, tortura e istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura rispettivamente negli art. 613-bis e 613-ter, rappresenta un ampliamento di «*quello specifico perimetro di garanzia allestito dall'art. 613 c.p. rispetto a fatti che intaccano la libertà di autodeterminazione in termini di tanto grave intensità da giungere a cancellare la capacità di intendere e di volere della vittima*». D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 15. Sul tema della cancellazione della capacità di intendere e di volere, v., G. M. FLICK, *Libertà individuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1975, 546; L. MEZZETTI, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Pen.*, vol. XV, Torino, 1998, 282.

La stessa etimologia⁵⁰⁴ della parola tortura mette in evidenza la natura plurioffensiva della fattispecie in esame. Il verbo «*torcere*» da cui il termine «*tortura*»⁵⁰⁵ deriva indica, infatti, sia l'atto del piegare con la forza un corpo, deformandolo⁵⁰⁶, sia una volontà⁵⁰⁷ ⁵⁰⁸. Non è un caso che il suo participio passato, «*torto*», sia l'antitesi del termine diritto⁵⁰⁹. La tortura, infatti, offende una molteplicità di beni giuridici, quali l'incolumità psico-fisica (secondo l'accezione derivante dal principio dell'*habeas corpus* di cui all'art. 39 della *Magna Charta Libertatum*), la dignità, la libertà morale della vittima ed, indirettamente, anche l'interesse al buon andamento della Pubblica Amministrazione⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ M. PALMA, *La tortura è alla pagina web*, in P. GONNELLA, A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006, 16; ID., *Inquietudini del nuovo millennio*, in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, Padova, 2010, 206-211.

⁵⁰⁵ Dal latino, «*torquēo*», con cui si indica l'atto di attorcigliare strizzando. G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia*, cit., 18. L'A. sottolinea come il termine avesse delle applicazioni anche in ambito terapeutico: ad esempio, veniva utilizzato per indicare l'azione di torcere le ossa a seguito di slogature. L'addetto a tale pratica prendeva il nome di «*tortor*», la cui attività veniva definita «*infame*». V., F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35; A. GIANNELLI, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 17.

⁵⁰⁶ Il riferimento è alla «*pena della tortura*», che ricomprende tutte quelle forme di violenza praticate come punizione nei confronti di individui già condannati e rappresenta, a differenza della tortura giudiziaria, un mezzo fine a sé stesso.

⁵⁰⁷ Il riferimento è alla tortura giudiziaria, ossia a quello strumento processuale di cui avvalersi per la ricerca della verità. Sul punto cfr., *ex multis*, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. 1, Milano, 1953, 5 ss; G. SERGES, *La tortura giudiziaria*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES, (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, 215 ss.

⁵⁰⁸ C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen e proc.*, 2/2018, 255; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., 131; ID., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 80.

⁵⁰⁹ A. PUGIOTTO, *ibidem*.

⁵¹⁰ Cfr. A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 –bis)*, in *St. iuris*, 1/2018, 3. Questo interesse risulterebbe pregiudicato indirettamente da comportamenti che insidiano la legalità dei pubblici poteri e minano la fiducia dei cittadini nelle istituzioni. La Norvegia, ad esempio, inserisce il delitto *de quo* fra quelli commessi nell'esercizio di funzioni pubbliche. L'opzione legislativa di collocare sistematicamente il reato in esame tra questi ultimi, anziché tra quelli contro la persona (ed in particolare contro l'integrità morale) non appare condivisibile, sia per il ruolo cardine rivestito dalla dignità umana, sia in quanto l'attenzione per il rapporto Stato-cittadino, incrinato da un abuso da parte dei rappresentanti dell'apparato statale, viene garantito qualificando il soggetto attivo del reato come appartenente alla pubblica amministrazione.

E' proprio in relazione a tale plurioffensività dei fatti di tortura che, in sede di lavori preparatori della legge 110 del 2017, continuavano a confrontarsi posizioni alternative: da un lato vi era chi riteneva che la migliore collocazione della norma fosse tra i delitti contro la libertà morale⁵¹¹; dall'altro chi riteneva fosse più corretto inserire la disposizione tra i delitti contro l'integrità fisica⁵¹²⁵¹³.

I fautori della prima posizione indicavano quale bene giuridico tutelato dalla norma la c.d. «libertà morale o psichica», da intendersi genericamente quale diritto dell'individuo di autodeterminarsi liberamente, in assenza di coercizioni psichiche. La vittima di fatti di tortura vede completamente annientata la propria capacità decisionale in virtù della limitazione della propria sfera interiore, costituendo tale circostanza un aspetto rilevante del fenomeno oggetto di analisi⁵¹⁴. Ciò avrebbe trovato un riscontro sia nella descrizione della condotta in termini di «violenze o minacce gravi», in quanto manifestazioni di costringimento della volontà altrui, sia nella condizione di particolare sottoposizione del soggetto passivo rispetto all'autore del reato. L'orientamento che, invece, riteneva fosse più opportuno collocare la fattispecie criminosa tra i delitti a tutela dell'integrità fisica (e più precisamente nel Capo I del Titolo XII del Libro II)⁵¹⁵ si fondava, innanzitutto, sul fatto che il bene giuridico immediatamente leso o posto in pericolo da atti di tortura

⁵¹¹A titolo esemplificativo, nel corso della XVI legislatura, si ricordino i progetti di legge S. 3267 (Sen. Mercenaro), S. 1884 (Sen. Li Gotti), S.1596 (Sen. di Giovan Paolo), C. 1838 (On. Torrisi), C. 1508 (On. Pisicchio), S. 264 (Sen. Fleres). Nel corso della XVII legislatura, C. 3685 (On. Turco), C. 1499 (On. Marazziti ed altri), S. 874 (On. Torrisi), S. 601 (Sen. Bertuzzi), S. 362 (Sen. Casson), C. 189 (On. Pisicchio) e C. 276 (On. Bressa).

⁵¹²A titolo esemplificativo, nel corso della XVI legislatura, a favore dell'opzione di inserire il delitto *de quo* nell'art. 593-bis, si ricordino i progetti di legge C. 3094 (On. Bernardini), S. 374 (Sen. Della Seta), S. 256 (Sen. Amati). Nel corso della XVI legislatura, S. 979 (Sen. Gozi), S. 388 (Sen. Barani).

⁵¹³Due disegni di legge, invece, C. 2769 (On. Farina e altri) e C. 599 (On. Migliore) ritenevano preferibile introdurre la fattispecie in esame tra i delitti contro la libertà personale, nell'art. 608-bis.

⁵¹⁴A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 2-3.

⁵¹⁵Secondo tale parte della dottrina, la tortura avrebbe dovuto trovare una collocazione nell'art. 593-bis c.p. Altra parte si mostrava critica con riguardo all'inserimento della nuova fattispecie nell'art. 593-bis c.p., subito dopo l'omissione di soccorso, in quanto «l'atto di torturare appare più connesso alle lesioni dolose», ritenendosi maggiormente consona una collocazione del delitto nell'art. 583-quinquies. G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 8; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 25

fosse «*l'integrità fisica e psichica dell'individuo*» e, quindi, la sua incolumità individuale, prima ancora che la propria libertà morale⁵¹⁶. Tale posizione era rafforzata dall'inserimento, all'interno della norma, della condotta consistente nel cagionare al soggetto passivo «*acute sofferenze fisiche*» od un «*verificabile trauma psichico*», incentrando così il disvalore della fattispecie sull'evento naturalistico della sofferenza ai danni della vittima e giustificando l'inserimento della fattispecie tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale. Inoltre, sempre secondo tale prospettiva, la superiorità del bene dell'incolumità individuale rispetto a quello della libertà morale sarebbe stato da riscontrarsi nel trattamento sanzionatorio, ossia nella circostanza che le pene previste per i reati che offendono la libertà morale sono più miti rispetto a quelle previste per i reati lesivi dell'integrità fisica e psichica della persona. Ciò ben si sarebbe conciliato con la previsione delle sanzioni particolarmente elevate con cui punire il delitto di tortura, il quale, come è noto, costituisce un crimine contro l'umanità. Si tratta, in realtà, di un'argomentazione discutibile, dato che il legislatore «*sta nel tempo potenziando gli strumenti penali a tutela della persona, come dimostra la pure recente introduzione dell'art. 612-bis*»⁵¹⁷.

A parere di chi scrive, pare del tutto semplicistico e riduttivo individuare una scala valoriale che ravvisi nell'integrità fisio-psichica della vittima una superiorità gerarchica rispetto al bene della libertà morale ed il conseguente necessario inserimento della fattispecie tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale. Per giustificare la condivisibile collocazione del delitto nell'art. 613-bis c.p. tra quelli contro la libertà morale, occorre richiamare il concetto di dignità umana che, come è noto, attiene all'essenza stessa dell'Uomo, che non

⁵¹⁶A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 3; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 7; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 131; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 24. Quest'ultimo Autore ritiene che la tortura sia, nella sua essenza, «*violazione del corpo della vittima, prima ancora che della sua anima*».

⁵¹⁷E. SCAROINA, *op.cit.*, 260.

può mai essere ridotto a mezzo per il raggiungimento di un fine⁵¹⁸ ed è l'espressione di un insieme di valori su cui poggia l'intero ordinamento democratico. Gli atti di tortura subiti dai soggetti passivi non si esauriscono in una mera aggressione fisica, ma intaccano una sfera più ampia: laddove gli effetti di un'aggressione fisica possono svanire con il tempo, la lesione della dignità umana non può più essere recuperata⁵¹⁹. La libertà morale rappresenta un bene o un valore assoluto, che oltre ad avere un riconoscimento a livello costituzionale (art. 13 Cost.)⁵²⁰, assurge a fondamento su cui si innestano tutte le altre libertà⁵²¹. Essa viene generalmente definita come libertà di autodeterminarsi⁵²² secondo motivi propri. Come affermato da autorevole dottrina⁵²³, però, il concetto di libertà morale non può ridursi alla sola libertà di autodeterminazione, essendo più complesso ed articolato. Attraverso il riferimento alla libertà morale, il legislatore avrebbe inteso raggruppare quei delitti che ledono il bene della libertà c.d. psichica, da intendersi come libertà della propria sfera psichica da interferenze esterne. Tale bene tutelato, quindi, lungi dal poter essere rigorosamente distinto dalle altre libertà penalmente protette⁵²⁴, è tale da rappresentare addirittura il fondamento cui tutte le altre

⁵¹⁸ P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, cit., 24; M. PASSIONE, *Il reato che non c'è; quello che ci serve*, in C. PERONI, S. SANTORSO (a cura di), *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, Milano, 2015, 46.

⁵¹⁹ D. DI CESARE, *op. cit.*, 92-96.

⁵²⁰ In tal senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111 ss; P. F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione ed obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205; R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 69; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.

⁵²¹ A. M. MAUGERI, *Tutela della libertà morale*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte Speciale. Tutela penale della persona*, Vol. I, Torino, 2011, 231. Per una efficace ricostruzione storica dell'evoluzione della tutela penale, con specifico riferimento alla libertà morale, cfr. V. TORRE, *I delitti contro la libertà morale*, in A. MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 571 ss.

⁵²² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, IV ed., Vol. II, V tomo primo, Bologna, 2013, 208-209.

⁵²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la persona*, Vol. I, VI ed., Milano, 2016, 333-335.

⁵²⁴ Artificioso è il tentativo di procedere ad un'*actio finium regundorum* che permetta una rigida separazione della libertà morale dalle altre libertà, le quali pure formano oggetto di tutela penale e ciò perché profili di tutela della libertà morale sarebbero «chiaramente riscontrabili anche nell'ambito della protezione penale predisposta a difesa di altre libertà». Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 208.

forme di libertà di agire (da quella di movimento a quella di pensiero, di coscienza, di affetto, sessuale) vengono in definitiva a poggiare, tanto da assumere il ruolo di valore assoluto ed anticipato rispetto ad esse, costituendo una sorta di «libertà-presupposto». Se questo è vero, allora, si potrebbe anche concludere che il delitto di tortura rientri a pieno titolo nella categoria dei delitti contro la libertà morale⁵²⁵, senza dover «scomodare» la figura del reato plurioffensivo⁵²⁶.

Sulla base di tali premesse, la tesi sostenuta dai fautori della collocazione della norma tra i delitti contro l'integrità fisica, secondo cui le definizioni di tortura fornite dai Trattati e dalle Convenzioni internazionali, nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU e dei Tribunali *ad hoc* in materia attribuirebbero senza ombra di dubbio maggior rilevanza al bene giuridico dell'incolumità individuale⁵²⁷, ben può essere confutata nel nome della dignità. Invero, dato il ruolo cardine che quest'ultima riveste nei Trattati internazionali,

⁵²⁵ In attuazione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, sarebbe stato, forse ancora più opportuno, introdurre all'interno del nostro codice penale un settore dedicato ai delitti contro la dignità umana, all'interno del quale collocare il delitto di tortura. Cfr., Relazione del Gruppo di lavoro «*Reati contro l'umanità e l'eguaglianza*», disponibile sul sito dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, <http://www.aipdp.it>. Sul tema della tutela penalistica della dignità umana e sulla possibilità di qualificarla come bene giuridico, tutelabile penalmente, cfr., G. CARUSO, *La tutela penale della "dignità umana": tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004, pubblicata in Rivista Giuridica on-line «l'Ircocervo», n. 1/2005, www.filosofiadeldiritto.it; F. PALAZZO, *Persona (Delitti contro la)*, in Enc. dir., vol. XXXIII, Torino, 1983, spec., 303; M. RONCO, *Persona (Delitti contro la)*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXIII, Roma, 1990, 1 ss. Altra soluzione prospettabile e nuovamente condivisibile sarebbe stata quella che, prendendo spunto da alcune legislazioni penali europee (v., *infra*, capitolo 2), avesse previsto una specifica sezione all'interno del codice penale derubricata «*Della tortura e degli alti trattamenti crudeli, inumani o degradanti*» ed appositamente dedicata ai reati di tortura, preoccupandosi di definire preliminarmente la tortura stessa ed i trattamenti inumani o degradanti. Sul punto, G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 24-26.

⁵²⁶ Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione all'art. 612-bis del delitto di atti persecutori. Sul punto, cfr. G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie)*, in Arc. pen., (web)- <http://www.archiviopenale.it>, 3/2013, 18. V., altresì, F. AGNINO, *Il delitto di atti persecutori e lo stato dell'arte giurisprudenziale e dottrinale*, in Giur. merito, 2011, 596; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in Guida dir., 2009, n. 10, 62; F. MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in Dir. pen. e proc., 2009, 362; A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 103 ss.; F. M. ZANASI, *L'odioso reato di stalking*, Milano, 2012, 33.

⁵²⁷ G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 8.

nelle pronunce del giudice di Strasburgo e nella nostra Costituzione (soprattutto in relazione al principio personalista), rende accoglibile con favore la collocazione della norma tra i delitti che preservano l'integrità morale della persona, ritenendosi inopportuna la tesi secondo la quale la tortura si aggiungerebbe alle fattispecie che non hanno una collocazione appropriata all'interno del codice sostanziale⁵²⁸.

6. L'ambito soggettivo di operatività della fattispecie

L'art. 613-bis c.p. individua una nozione di tortura a «*disvalore progressivo*»⁵²⁹. Invero, è stato previsto un primo comma volto a reprimere la c.d. «*tortura comune*», prevedendosi che «*chiunque*» possa realizzare la condotta incriminata ed un secondo comma in cui viene stabilito un incremento sanzionatorio in relazione alla c.d. «*tortura di Stato*», ossia per l'ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio.

E' proprio con riguardo all'ambito soggettivo di operatività della fattispecie che si evidenziano i più vivaci dibattiti sotto un duplice ordine di questioni. In primo luogo, come emerso in sede dei lavori parlamentari, gran parte dei toni accesi che caratterizzarono la fattispecie si incentrarono sulla configurabilità della norma penale italiana quale reato proprio (del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio), ovvero quale fattispecie dal contenuto più ampio contemplante torture poste in essere dal *quisque de populo*, ossia perpetrate anche da soggetti privi di detta qualifica pubblicistica. In conseguenza di ciò, avendo il legislatore optato per una terza via, consistente nella previsione di un reato comune accompagnata da un aggravamento afflittivo nell'ipotesi in cui la tortura sia commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, la dottrina si è nettamente divisa sulla

⁵²⁸ *Ibidem*. In relazione alla collocazione sistematica di una norma nella parte speciale del codice penale, cfr., D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 17; T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, *passim*.

⁵²⁹ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 157. Nello stesso senso, C. INGRAO, *Tortura*, cit., 7.

natura giuridica del secondo comma dell'art. 613-bis c.p., nell'alternativa tra circostanza aggravante e fattispecie autonoma.

6.1. La tipizzazione del delitto di tortura: reato comune o reato proprio?

All'indomani dell'entrata in vigore della L. n. 110/2017, la disposizione approvata ha rivelato, quindi, la netta scelta di fondo di configurare la tortura con i tratti di reato base comune piuttosto che di un reato necessariamente proprio.

Tale soluzione ha suscitato le perplessità di quegli autori che ritengono che la tortura, in considerazione della sua storia e dei suoi contenuti, abbia sempre gravitato (e graviti tuttora) attorno al rapporto tra autorità ed individuo e sia da sempre espressione dell'esercizio del potere punitivo dello Stato. A sostegno di tale assunto deporrebbero, da un lato, le diverse forme in cui, nel corso dei secoli, si è declinata la tortura⁵³⁰; dall'altro, la definizione di tortura individuata nell'art. 1 della Convenzione ONU, la quale postula che le sofferenze che la caratterizzano siano inflitte da un agente pubblico, o da una persona agente su istigazione di questo, o con il suo consenso⁵³¹. Ergo, l'illecito si sarebbe dovuto

⁵³⁰ Come è noto, al tempo dell'Inquisizione era praticata sia la c.d. «tortura giudiziaria», posta in essere dagli inquisitori per ottenere informazioni o confessioni dai sudditi nell'ambito di un procedimento giudiziario, sia la c.d. «tortura-pena», data dalle forme di violenza praticate come punizione nei confronti dei soggetti che erano già stati condannati. In seguito all'avvento dell'Illuminismo, la tortura veniva considerata come un illecito; tuttavia, non potendola estirpare nella realtà dei fatti, si è assistito ad una modifica della stessa nozione. Se si poteva assistere da un lato all'abbandono da parte degli stati occidentali della «tortura giudiziaria» quale strumento processuale, dall'altro era sempre più crescente l'impiego di altre forme di «tortura di Stato» *ad eruendam veritatem*, vale a dire quei tormenti inflitti al di fuori di un regolare processo da parte di funzionari statali, ad esempio, sulle spie straniere durante la guerra fredda o sui presunti terroristi. Si tratta di strumenti utilizzati dai servizi di sicurezza, forze di polizia e apparati militari per ottenere informazioni e reprimere dissidenti politici ovvero nemici ideologici. Cfr., sul punto, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., 5 ss; G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura, ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 340 ss; ID., *La tortura Giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento di imperio*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES (a cura di), *op. cit.*, 215 ss; ID., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa*, cit., 19-22; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009, 125.

⁵³¹ Come sottolineato da C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 155 quella del legislatore nazionale è stata «una scelta che tradisce lo spirito di tutte le convenzioni internazionali che considerano la tortura come un delitto che gravita intorno al rapporto tra autorità ed individuo». Nello stesso senso, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 154.

configurare «senza dubbio e necessariamente “proprio”, anche se in forma non esclusiva: l'autorità deve comunque esserci, anche se può non essere “sua” la mano che tormenta»⁵³² ⁵³³. D'altra parte, volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, il legislatore avrebbe dovuto guardare all'art. 13 comma 4 della Cost., come ad un «manuale d'istruzioni per l'uso»⁵³⁴, dato che ciò che la disposizione tutela non è la generica libertà personale, «bensì l'indisponibilità ed inviolabilità del corpo del cittadino dalla pretesa di controllo degli apparati coercitivi statali»⁵³⁵. Sebbene l'art. 13 comma quarto della nostra Carta costituzionale non individui l'autore dell'atto di violenza, è possibile ravvisarne la *ratio* nella punizione delle condotte poste in essere dai pubblici ufficiali nei confronti «dei soggetti interrogati, fermati, arrestati o detenuti», oltre a considerare il legame indissolubile che unisce tale disposizione all'art. 27 Cost. e, come indicato dal relatore on. Basso, all'art. 28 Cost. per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti.

Le considerazioni sopra esposte si prestano, però, ad essere smentite. La scelta del legislatore italiano di aver optato per la soluzione del reato comune pare, infatti, in linea con i precetti stabiliti in sede sovranazionale⁵³⁶. Le ragioni che hanno portato a confinare il divieto alla sola tortura di Stato non rispecchiano

⁵³² T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in Guida dir., 27 gennaio 2007, cit. 6-7; ID., *Tortura: Adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, n. 1, 29. Secondo l'A., «Degradare la tortura a reato comune non costituisce solo un'innocua distonia (nel più sta il meno, si potrebbe dire); in realtà apre la strada all'incongruenza ed al paradosso» poiché «la tortura non offende tanto e solo i beni della persona di volta in volta aggrediti, ma soprattutto, demolisce lo status di cittadino e di persona in chi la subisce, degradandolo a oggetto senza diritti e senza tutela: proprio ad opera dell'autorità che di quei diritti dovrebbe essere garante e quella tutela assicurare».

⁵³³ Cfr. *Relazione della Commissione permanente (Giustizia) sui d.d.l. n. S. 324, S. 789, S.895, S. 954 ed S. 1216*, Relatore Bucicco, comunicata alla Presidenza del Senato il 24 settembre 2007, dalla quale emerge che il negare la configurabilità del reato di tortura quale fattispecie propria equivarrebbe a privarne del tutto il suo «specifico disvalore». Cfr., altresì, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 31-32.

⁵³⁴ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)* in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op.cit.*, 90.

⁵³⁵ *Ivi*, 91.

⁵³⁶ In questi termini, con riferimento a progetti passati, ma con argomenti tuttora pertinenti, v. A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 31 ss; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 7.

logiche penalmente rilevanti⁵³⁷. Ad un'analisi più approfondita della normativa internazionale emerge come la stessa non precluda affatto una previsione di più ampio scenario della tortura rispetto al limitato spettro confinato nell'ambito dei pubblici apparati. Invero, come già analizzato⁵³⁸, l'art. 1 par. 1 CAT ha la funzione di definire lo *standard* minimo di tutela, lasciando la possibilità agli Stati di ricorrere anche a forme di protezione più ampie rispetto a quelle previste dalla Convenzione, così come stabilito nell'art. 1 par. 2⁵³⁹. La mera introduzione di un delitto del pubblico ufficiale, anzi, non avrebbe pienamente soddisfatto gli obblighi internazionali, ciò generando, tra l'altro, una disparità di tutela nel caso in cui fossero sorti dei dubbi in merito alla qualifica di pubblico ufficiale del soggetto agente o circa il coinvolgimento di un pubblico ufficiale⁵⁴⁰. Si aggiunga la considerazione che il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 si caratterizza per un contenuto più ampio rispetto all'ambito più limitato della Convenzione Onu, richiedendo lo stesso di

⁵³⁷La dottrina internazionalistica individua tali logiche in quelle tipiche del settore internazionale. Da un lato, la limitazione soggettiva *de qua* analizzata discenderebbe dal fatto che la responsabilità degli Stati derivi da condotte attribuibili a funzionari pubblici, dall'altro essa si spiegherebbe «con l'intenzione dei contraenti di evitare eccessive intrusioni nella sovranità statale, accontentandosi di colpire gli abusi a maggior rischio di impunità, il cui efficace contrasto richiedeva dunque l'intervento della comunità internazionale». V., P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di) *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 137; N. S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture in International Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 55, 2002, 467-493; P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 189-191. V., altresì, J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 1, 120.

⁵³⁸ V., *supra*, par.2

⁵³⁹Giova sottolineare, a tal proposito, l'interpretazione estensiva del testo convenzionale fatta propria dal Comitato contro la tortura e dal Relatore speciale del consiglio per i diritti umani dell'ONU, secondo cui gli Stati che trasgredissero agli obblighi di prevenzione, indagine e punizione degli atti di tortura, compresi quelli commessi da privati, incorrerebbero in responsabilità internazionale. V., Comitato CAT, *General Comment No.2*, 24 gennaio 2008, CAT/C/GC/2, par.18; Consiglio DU, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman degrading treatment or punishment*, Manfred nowak, 15 gennaio 2008, A/HRC/7/3, par. 31.

⁵⁴⁰ P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op.cit.*, 148. L'A. si riferisce alla vicenda del sequestro Abu Omar, compiuto da alcuni agenti segreti della CIA, in collaborazione con i servizi di sicurezza italiani. In particolare, pone l'esempio di una persona torturata, dopo essere stata sequestrata, da agenti di sicurezza appartenenti a Stati stranieri. In tal caso questi ultimi avrebbero tenuto condotte esulanti dal campo di applicazione del reato proprio e, in assenza di una fattispecie comune, sarebbero state «sottratte allo stigma sociale ed alle conseguenze sanzionatorie associate alla tortura».

sanzionare anche la tortura commessa da persone che non rivestono una qualifica pubblicistica, per esempio in istituzioni di cura private o in istituti di insegnamento privati⁵⁴¹.

Non va dimenticato, altresì, che l'art. 7 c. 1 lett. f) dello Statuto di Roma, che definisce la tortura come crimine contro l'umanità⁵⁴², non restringe la fattispecie alla qualifica pubblica del responsabile⁵⁴³. Antecedentemente all'adozione di quest'ultimo, in cui veniva definita, per la prima volta a livello pattizio, la fattispecie in esame, l'individuazione dei confini di ciò che dovesse qualificarsi come tortura era esclusivamente rimessa all'apprezzamento del giudice penale internazionale. In particolare, sono stati i Tribunali penali internazionali *ad hoc* ad occuparsi di individuare i contorni di ciò che dovesse configurare un atto di tortura. Sebbene in un primo momento il Tribunale penale per il Ruanda (TPR), facendo riferimento all'art. 1 par 1 CAT, avesse individuato la fisionomia del crimine *de quo* ancorandolo alla commissione da parte di un soggetto pubblico⁵⁴⁴, pochi anni dopo il Tribunale penale per la ex Jugoslavia (TPJ) lo svincolava dalla suddetta qualifica dell'agente, delineandone i tratti di un reato comune^{545 546}.

⁵⁴¹ F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, 7. Si ricordi che, in virtù, dell'art. 7 del Patto del 1966 anche la sottoposizione ad esperimenti medici e scientifici senza il libero consenso dell'interessato può configurare un fatto di tortura. Cfr, altresì, Comitato DU, *General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 marzo 1992, HRI/GEN/1/ Rev. 9 (vol.I), par. 2.

⁵⁴² Con riguardo alla nozione di tortura quale crimine contro l'umanità, cfr., altresì, art. 5, lett. f), Statuto TPJ; art. 3, lett. f), Statuto TPR; art. 2, lett. f), Statuto della Corte speciale per il Sierra Leone; art. 5, punto 6, legge istitutiva delle Camere straordinarie in seno alle Corti di Cambogia.

⁵⁴³ V., A. CASSESE, *Crimes against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, 374. Recentemente è stato affermato che l'abbandono, da parte dello Statuto, del requisito della qualifica pubblicistica, sia legato «*ad una tendenza del diritto internazionale consuetudinario*». Sul tema, v., C. K. HALL, C. STAHN, *Article 7. Crimes against humanity*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS, *The Rome Statute of ICC. A. Commentary*, III ed., Monaco, 2016, 205.

⁵⁴⁴ Tribunale penale per il Ruanda, 2 settembre 1998, *Akayesu, TC*, par. 681.

⁵⁴⁵ Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, 22 febbraio 2001, *Kunarac, TJ*, par. 479, 482. Tale esito interpretativo ha trovato conforto in altre pronunce successive, quali, a titolo esemplificativo: Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, 2 novembre 2011, *Kvočka, TJ*, par. 139, 141; Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, 30 novembre 2005, *Limaj, TJ*, par. 240; Tribunale penale per il Ruanda, 20 maggio 2005, *Semanza, AJ*, par. 248.

⁵⁴⁶ Con riguardo a tale evoluzione, v. J. MARSHALL, *Torture Committed by Non-State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals*, in *Non-State Actors and*

Nella stessa direzione altre Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia imponevano la repressione della tortura anche nei rapporti orizzontali tra privati, «*configurando altrettanti obblighi sovranazionali di incriminazione di cui il legislatore ha dovuto tener conto in sede di introduzione dell'art. 613-bis*»⁵⁴⁷.

Infine, la presenza di un reato realizzabile da «*chiunque*» si sarebbe collocato nella stessa direzione della sconfinata giurisprudenza della Corte EDU⁵⁴⁸ concernete i comportamenti connotati da crudeltà ed integranti atti di tortura, nonché trattamenti inumani o degradanti. In relazione al divieto sancito nell'art. 3 CEDU, infatti, i Giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione una nozione avente ad oggetto sia i rapporti verticali tra pubblici funzionari e privati, sia quelli tra i privati, con la conseguente imposizione in capo agli Stati membri di obblighi comportanti l'applicazione di misure idonee a prevenire e reprimere anche la tortura tra soggetti privi di una qualifica pubblicistica⁵⁴⁹. Tale conclusione, discendente non solo dal carattere assoluto del divieto, ma anche dalla dottrina degli obblighi positivi, «*appare ormai un'acquisizione consolidata*»⁵⁵⁰.

International Law, vol. 5, 2005, 171 ss; S. SIVAKUMARAN, *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, 541 ss; F. DE VITTOR, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 427 ss.

⁵⁴⁷ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 3. Nello stesso senso A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 32; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 261. In particolare, in relazione alla proibizione della tortura anche a livello di rapporti orizzontali, con riguardo al diritto internazionale pattizio, è opportuno menzionare, la Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965 e la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna del 1993, il cui art. 3 par.2 lett h) prevede il diritto delle donne a non essere sottoposte a tortura, o ad altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti.

⁵⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2012, *M. and others v. Italy and Bulgaria*, ric. n. 40020/03, par. 99-100; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 1997, *H.L.R. v. France*, ric. n. 24573/94, par. 40; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 maggio 2001, *Z. and others v. United Kingdom*, ric. n. 29392/95, par. 73; Corte europea dei diritti dell'uomo, 04 dicembre 2003, *M.C. v. Bulgaria*, ric. n. 39272/98, par. 149, 150, 153.

⁵⁴⁹ P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, Bologna, 2019, 135.

⁵⁵⁰ *Ibidem.* V., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 marzo 2017, *Skorjanec v. Croatia*, ric. n.25536/14, par. 59 («*the Court notes that its case-law consistently and clearly establishes that Article 3 of the Convention requires the implementation of adequate criminal-law mechanism once the Court has found that the level of severity of violence inflicted by*

L'unico vero appiglio all'introduzione di un reato proprio sarebbe da individuarsi, pertanto, con riguardo all'art. 13 comma 4 Cost., seppur sia vero che, come è stato osservato⁵⁵¹, tale disposizione «*non fornisce una specifica definizione di tortura (riferendosi ad «ogni violenza fisica o morale»), non fa alcun riferimento allo scopo per il quale la violenza è perpetrata (questa è punita in quanto tale), non identifica l'autore della tortura (o meglio dell'atto di violenza) come pubblico ufficiale*»⁵⁵². Stando al mero dato letterale, quindi, anche la disposizione costituzionalistica di cui all'art. 13, comma 4 non osta, in sé e per sé considerata, alla configurabilità della tortura come reato comune.

E' chiaro che quest'ultima opzione ha, dunque, il vantaggio di eliminare ogni spazio di impunità⁵⁵³. Non si comprendono, pertanto, le forti critiche avanzate in sede dei lavori parlamentari, oltre che in seno alla dottrina, che propendevano per l'introduzione di un reato proprio, dal momento che le condotte riconducibili alla nozione di tortura ben possono essere perpetrate da soggetti privi di qualifiche pubblicistiche. Il legislatore, con la Novella del 2017, si è fatto carico di reprimere il maggior disvalore della condotta offensiva posta in essere dal pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio mediante la previsione del secondo comma dell'art. 613-bis, caratterizzato da un trattamento sanzionatorio più severo (nonostante tale aspetto, è bene precisarlo fin d'ora, sia foriero di molteplici criticità) allineandosi, in questo modo, sia alla definizione storica di tortura, sia alla definizione maturata in sede internazionale, sia alla *ratio* dell'art. 13 c.4.

Sulla base di quanto sopra esaminato, escluso che l'art. 613-bis comma 1 richieda, per la sua consumazione, il possesso di una qualifica pubblicistica in capo al reo, risulta opportuno domandarsi se il reato possa essere davvero commesso da «*chiunque*» oppure se dietro quel pronome indefinito possa

private individuals attracts protection under that provision»; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 gennaio 2014, O' Keffe v. Ireland, ric. n. 35810/09, par. 172.

⁵⁵¹M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni*, 891 ss; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa*, cit., 24.

⁵⁵²M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni*, cit., 892.

⁵⁵³V., P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 396.

celarsi una struttura del fatto di reato che indichi una delimitazione dei destinatari del precetto⁵⁵⁴. Gli elementi descrittivi con cui viene identificato il soggetto passivo, infatti, possono operare funzionalmente come «*canone selettivo*» rispetto all'agente⁵⁵⁵. Nel caso di specie, pare individuarsi una norma che si potrebbe definire impropriamente «*mista*». Sebbene quel «*chiunque*» rinvii ad una platea illimitata di soggetti, ad un'analisi maggiormente approfondita della fattispecie si ricavano indicazioni non prettamente univoche in tal senso⁵⁵⁶. Vengono, infatti, individuate tre categorie differenti di soggetti passivi. In particolare, nella parte in cui la persona offesa viene descritta come «*persona affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza*» del reo, effettuando un ragionamento analogo rispetto alle omologhe fattispecie di cui all'art. 570 e 591 c.p., si ritiene configurabile un reato proprio, dal momento che l'impiego del termine «*affidamento*» comporta la protezione dell'incolumità fisio-psichica di colui che è sottoposto ad una qualunque forma di *auctoritas* o *potestas* altrui^{557 558}, determinando un *status* giuridicamente formalizzato.

Con riguardo alle due rimanenti categorie di soggetti passivi ossia, «*la persona privata della libertà personale*» ovvero «*che si trovi in condizioni di minorata*

⁵⁵⁴ Come è noto, la circostanza che il legislatore identifichi il soggetto agente con espressioni del tipo «*chi*», «*chiunque*» non è sempre indice della natura di reato comune, natura che va accertata sulla base del rapporto tra soggetto attivo e quello passivo. A titolo esemplificativo, basti pensare al delitto di abbandono di persone minori o incapaci ex art. 591 c.p. che non può essere commesso da chiunque, come parrebbe desumersi dall'*incipit* della norma, ma solo da coloro che abbiano un dovere di cura e di custodia nei confronti del soggetto abbandonato; nella stesso senso, si pensi, altresì, all'art. 570 c.p. Sul punto cfr., *ex multis*, C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2020, 196; cfr., altresì, F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci* (art. 591 c.p.), Milano, 2008, 36 ss; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, cit., 68; G. NEPPI MODONA, *Sui presupposti della tutela del minore*, in *Riv. It. Dir. pen e proc.*, 1970, 887.

⁵⁵⁵ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 3; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, cit., 9-10.

⁵⁵⁶ Cfr., A. CISTERNA, *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, 18 ss.

⁵⁵⁷ V., *infra*, par. 7.

⁵⁵⁸ Cfr., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano* [L. 110 del 2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Torino, 2018, 230. Il riferimento è a qualsiasi forma di affidamento che tragga la sua origine da una fonte privata o pubblica (si pensi, a titolo meramente esemplificati, alle strutture scolastiche, ospedaliere, case di cura e riposo, aziende).

difesa», non si presuppone la sussistenza di una preesistente relazione qualificata tra il torturatore e la vittima, estendendosi la tutela anche a quei soggetti privati della libertà personale *sine titulo*⁵⁵⁹, in via di fatto o con mezzi illegali⁵⁶⁰.

In conclusione, quindi, solo in questi ultimi due casi (in cui il soggetto passivo sia privato della libertà personale ovvero si trovi in condizioni di minorata difesa), la norma si presenta come un reato comune. Si deve salutare con favore l'introduzione, nel primo comma dell'art. 613-*bis* c.p., di una fattispecie svincolata dalla qualifica pubblicistica del reo, sia per le ragioni sopra esposte, sia in relazione a quanto l'esperienza fenomenica sovranazionale⁵⁶¹ ed interna⁵⁶² insegnano in merito ai fatti di tortura privata. La nozione di tortura si

⁵⁵⁹ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 4; E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di tortura?*, cit., 366.

⁵⁶⁰ V., *infra*, par. 7.

⁵⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 ottobre 2017, *D.M.D contro Romania*, ric. nr. 23022/13, in cui il ricorrente lamentava l'ineffettività delle indagini e la lunghezza del successivo procedimento penale a carico del padre, resosi responsabile nel corso degli anni di numerosi abusi ai danni dello stesso ricorrente e della madre. La Corte EDU ha, in particolare, evidenziato come, nonostante le autorità fossero state avvisate fin dal 2004 della difficile situazione domestica della famiglia del ricorrente, le indagini fossero durate comunque per tre anni e mezzo, e la condanna definitiva del padre fosse giunta soltanto ad esito di un procedimento durato complessivamente otto anni, nell'ambito del quale al ricorrente non era stata concessa nemmeno una compensazione monetaria per le sofferenze patite. Con riguardo alla violazione di obblighi positivi in casi di tortura privata, Corte E.D.U., 23 maggio 2017, *Balsan c. Romania*, ric. n. 49645/09. Nella vicenda in questione, la ricorrente aveva subito continui maltrattamenti (sfociati poi in gravi lesioni della propria integrità fisio-psichica) perpetrati dal marito, senza che le autorità nazionali fossero state in grado di adottare tutte le misure necessarie volte a prevenirli. Nonostante i molteplici interventi delle forze di polizia e la certificazione medica delle lesioni subite, le autorità giudiziarie avevano ritenuto che il caso non fosse di rilevanza penale e, disapplicando la normativa nazionale che puniva la violenza domestica, avevano irrogato al colpevole una mera sanzione amministrativa pecuniaria.

⁵⁶² Con riguardo all'ordinamento italiano, cfr., Trib. Monza, 10 giugno 2016, in *Dir.pen.contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3 novembre 2016. La sentenza è l'emblema di come sia stata di primaria importanza l'aver introdotto una fattispecie di reato comune, in modo tale da tutelare quelle pratiche di tortura concernenti i rapporti orizzontali in cui «vittima» e «carnefice» siano entrambi soggetti privati. In particolare, il caso oggetto della pronuncia riguardava una vicenda sentimentale tra un *manager* nel campo della moda ed una modella svedese, dallo stesso contattata ed incentivata a recarsi in Italia per motivi lavorativi. Nel giro di poco tempo, la donna veniva costretta a subire qualunque tipo di violenza, sopraffazione ed abuso. Per rendere l'idea di quali atti crudeli fosse stata costretta a sopportare, si riportano alcune parti rilevanti della sentenza. «[...] La picchiava tutti i giorni, di più o di meno a seconda dell'umore, talvolta facendo uso anche di una cintura o di una sbarra in metallo; le tirava i capelli al punto da strapparle le extensions; le lanciava addosso scarpe, libri, qualsiasi cosa gli capitasse a tiro; la bruciava con l'accendino o con la sigaretta sul viso

e sui genitali; e una volta le aveva stretto attorno al collo la cintura, come a volerla strozzare [...]»; «[...]a seguito di una banale lite, l'aveva presa a calci e pugni per tutta la notte, l'aveva ripetutamente insultata, le aveva tirato i capelli, [...]»; «[...]l'esposizione delle membra nude al freddo, davanti alla finestra, e, soprattutto, la rasatura dei capelli [...]»; le violenze sessuali avevano fin da subito seguito quelle fisiche: «[...]la costringeva, inoltre, a vedere film pornografici e a spiegargli cosa le sarebbe piaciuto fare, e se lei restava in silenzio la picchiava; l'aveva costretta a subire contro la sua volontà un rapporto sessuale, preceduto da percosse inferte anche con una cintura e da gravi minacce di morte [...]». C'erano, poi, le vessazioni psicologiche: «[...] aveva preso un coltello e gliel'aveva mostrato, minacciando di ucciderla[...]; la costringeva a parlare come una bambina e a vestire abiti maschili; pretendeva di conoscere tutto della sua vita e di sapere in ogni momento cosa le passasse per la testa, e se lei non ricordava qualche particolare o non si mostrava del tutto sincera con lui la picchiava nuovamente. Più volte, d'inverno, l'aveva obbligata a stare nuda per ore davanti alla finestra aperta e a dirgli quello che pensava; L'uomo aveva poi fatto in modo che rimanesse isolata da tutti i suoi affetti: le aveva spaccato il telefono, aveva rimosso le applicazioni di Instagram, Gmail e WhatsApp, e aveva preteso che tutte le conversazioni telefoniche con la madre e il patrigno avvenissero in inglese, in modo che potesse capire cosa si dicevano [...]»; [...] minacciandola anche di portarla in un campo di marocchini per farla violentare si era fatto consegnare tutti i suoi documenti (passaporto, carta di identità e permesso di soggiorno), e quando lei era riuscita a riappropriarsi del proprio passaporto con l'intenzione di scappare l'aveva minacciata di romperglielo se non gliel'avesse restituito ed aveva proferito la frase "voglio vedere il tuo sangue uscire fuori[...]"». Molteplici erano le ecchimosi riportate sulle cosce, gambe e braccia ed i segni di violenza sessuale, tutto accertato medicalmente. Circa la qualificazione dei fatti giuridici, era stata ravvisata la sussistenza delle fattispecie di sequestro di persona, violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia, ma si era anche aperta una parentesi di riflessione sulla riconducibilità al concetto di tortura di molte delle condotte «altrimenti» riferibili alla norma di cui all'art. 572 c.p. (Cfr., D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 11-12). Come chiosato dal giudice di prime cure, «in mancanza di una norma incriminatrice ad hoc, tutte le predette condotte – agevolmente inquadrabili, anche considerate di per sé sole, nel tipo legale "tortura", come definito dalle fonti normative e giurisprudenziali di matrice sovranazionale – non possono che essere ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 572 c.p., di cui ricorrono tutti gli elementi oggettivi e soggettivi».

Cfr., altresì, Trib. Como, 27 aprile 2017, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 23 febbraio 2018. Si tratta di un altro caso di particolare interesse che dimostra la favorevole opportunità colta dal legislatore di declinare il delitto *de quo* come reato comune ed avente ad oggetto una fattispecie di tortura *ante litteram*, verificatasi nell'ambito di un rapporto cd. orizzontale, tra privati cittadini. La vicenda ha come protagonisti il gestore di un ristorante ed un suo abituale cliente, al quale il primo, per tamponare una contingente crisi di liquidità, aveva chiesto un prestito di 40.000,00 euro. L'imputato aveva acconsentito ad erogare al ristoratore la somma richiesta, a patto, però, che gli venisse riconosciuto un interesse pari al 10% del capitale su base mensile, vale a dire un tasso del 120% in ragione d'anno. Il gestore del ristorante aveva dunque aderito alle esose condizioni poste dal suo *ex* cliente, salvo accorgersi ben presto di non riuscire a farvi fronte, per via della ormai irreversibile decozione della sua impresa. Avuta conoscenza del fallimento del debitore, il cliente/creditore si era attivato per recuperare il proprio credito, sia imponendosi come nuovo gestore del ristorante, sia sottoponendo il ristoratore e la sua compagna ad una serie di violenze ed intimidazioni, culminate in una vera e propria forma di tortura (cui avevano partecipato anche i coimputati), seguito dal successivo ricovero in ospedale. Si riportano, così riassunte, alcune parti rilevanti della sentenza volte ad evidenziare le atrocità subite dalle vittime. Oltre a scaraventargli una bottiglia d'acqua in volto, l'imputato ordinava alla moglie di chiamare i coimputati, i quali avrebbero dovuto contribuire anch'essi alle sevizie. A dire del cliente/creditore, in particolare, l'uno avrebbe dovuto violentare la donna, mentre l'altro, malato di HIV, avrebbe dovuto contagiare il

è, dunque, espansa, arricchendosi di nuovi contenuti rispetto alla sua iniziale conformazione a respiro pubblicistico compiendo, così, un importante passo in un cammino che conduce verso un progressivo ampliamento del suo perimetro definitorio. Positiva è stata anche la presa in considerazione della condotta posta in essere da un soggetto qualificato, sia esso pubblico ufficiale o

ristoratore. Proprio a tale scopo, l'imputato impugnava un cutter e lo passava sul palmo della mano sinistra del ristoratore, procurandogli un taglio assai profondo e lungo diversi centimetri. Al termine, l'imputato sferrava un calcio al soggetto passivo, che lo faceva cadere dalla sedia su cui si trovava; una volta a terra, l'uomo veniva nuovamente colpito con un violento calcio in faccia. Durante la caduta, il braccio dello stesso andava a posizionarsi fra i gradini dell'ingresso dell'abitazione del reo, il quale non esitava a spezzarglielo, schiaccinandolo a terra e facendo leva proprio sui gradini. Alla vista del sangue e del braccio fratturato, la donna iniziava ad urlare, tanto che il soggetto agente decideva di chiudere momentaneamente la porta d'ingresso di casa; un coimputato, da parte sua, intimava alla donna di stare zitta, altrimenti il soggetto agente avrebbe continuato ancora più a lungo e avrebbe finito per ammazzarlo.; il reo, a sua volta, nel corso del pestaggio, raccomandava ironicamente alla vittima di non urlare, per non spaventare i bambini, anch'essi presenti alla scena. La vittima veniva colpita con una sedia all'altezza dello stomaco e percossa con il manico in plastica di un grosso martello giocattolo all'altezza dell'occhio sinistro. Tutto ciò al fine sollecitare il ristoratore a trovare i soldi dovuti, in caso contrario, se ne sarebbe dovuto determinare la morte. L'imputato intimava, altresì, alla donna di praticare un rapporto sessuale, salvo poi desistere dal proposito. A quel punto seguivano le minacce perpetrate dall'agente, il quale asseriva che avrebbe fatto violentare la donna da tutti i suoi amici, dopodiché l'avrebbe fatta rinchiudere in cantina, rilasciandola solo quando avesse saldato il debito dei quarantamila euro. Il ristoratore, inoltre, veniva legato ad una sedia e, per evitare che perdesse i sensi per via del dolore e della notevole fuoriuscita di sangue, veniva bagnato con una canna dell'acqua.

La pronuncia da ultimo esaminata dimostra, ancora una volta, l'opportunità, colta dopo alcune incertezze da parte del legislatore solo nel 2017, di declinare il reato quale comune e « *la necessità di evitare interpretazioni restrittive del requisito della privazione della libertà personale previsto, tra gli altri, dall'art. 613-bis c.p. Ben può infatti accadere, come è avvenuto appunto nel caso di specie, che il soggetto passivo sia costretto a subire atti di tortura dopo essere stato illegittimamente privato della propria libertà personale dal suo torturatore, e, dunque, anche in assenza di un provvedimento giurisdizionale ad hoc* ».

Oltre a questi casi di tortura *ante litteram* verificatisi nei rapporti tra soggetti privati, vi sono già state alcune applicazioni pratiche dell'art. 613-bis c.1 c.p. La Suprema Corte si è pronunciata, seppur in via cautelare, su tre vicende, la prima riguardante due giovani che, dopo aver fatto salire a bordo della propria autovettura un conoscente, lo avevano condotto in un luogo appartato dove, in concorso tra loro, lo avevano costretto a subire ripetute umiliazioni e violenze (Cass., Sez. I, sent. 15 maggio 2018 (dep. 1 agosto 2018), n. 37317, in *Sistema Penale*, (web) – <http://www.sistemapenale.it>); la seconda, di grande impatto mediatico, concernente una serie di vessazioni perpetrate da un gruppo di giovani di cui alcuni minorenni, ai danni di un soggetto disabile nel Comune di Manduria (Cass., Sez. V, sent. 8 luglio 2019 (dep. 20 novembre 2019), n. 47079, *ivi*) ed infine una terza, strettamente correlata alla seconda, poiché scaturente dal ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Taranto che aveva confermato l'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere emessa dal G.I.P. dello stesso ufficio giudiziario nei confronti dei due giovani maggiorenni che avevano agito in concorso con i su indicati minori (Cass., Sez. V, sent. 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), n. 50208, *ivi*). Per un commento delle tre sentenze, v., A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di "tortura" (art. 613-bis)*, in *Sistema Penale*, (web) – <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020.

incaricato di pubblico servizio, nonostante in quest'ultimo caso sia tuttora oggetto di critica la tecnica legislativa con cui è stato sanzionato il *quidi pluris* di offensività che, come verrà analizzato nel seguente paragrafo, ha creato forti dibattiti in dottrina in merito alla natura giuridica del secondo comma della nuova fattispecie e conseguentemente, sull'adeguatezza dell'entità della pena⁵⁶³.

6.2. Il nodo interpretativo della natura giuridica della «Tortura di Stato»

Il secondo comma della fattispecie in esame prevede che *«se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso di poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni»*. Pur trovando una soluzione di compromesso rispetto a quanto sancito nell'art. 1 CAT, il legislatore nazionale ha conferito a tale capoverso dell'art. 613-bis c.p. *«una natura di non agevole classificazione dogmatica»*⁵⁶⁴. La dottrina, infatti, è divisa in merito alla natura giuridica del secondo comma, nell'alternativa tra circostanza aggravante e fattispecie autonoma⁵⁶⁵. Si badi che non si tratta solo di un problema simbolico o classificatorio, *«privo di reale significato»*⁵⁶⁶, ma genera una serie di conseguenze rilevanti sul piano giuridico. Invero, l'introduzione di un'aggravante speciale di natura indipendente⁵⁶⁷, correlata alla qualifica soggettiva, porta con sé il rischio di porre nel nulla il disvalore aggiuntivo connesso alla diversa cornice sanzionatoria, alla luce della piena

⁵⁶³ V., *infra*, par. 6.2.

⁵⁶⁴ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 4; S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 11-12.

⁵⁶⁵ La giurisprudenza, invece, o non prende posizione sulla questione (Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., 5.2), oppure propende a favore nella natura circostanziale della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 613-bis c.p. (Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 1.1.: *«La norma di nuovo conio prevede un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante»*).

⁵⁶⁶ *Contra*, F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, 7.

⁵⁶⁷ In tal senso, Servizio studi della Camera dei deputati, XVII Legislatura, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano* A.C. 2168-B; Dossier n. 285, *Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, d.d.l. 21 giugno 2017; Dossier n. 149/3, *Elementi per l'esame in assemblea*, d.d.l. 23 giugno 2017.

operatività della disciplina del bilanciamento tra circostanze eterogenee *ex art.* 69 c.p., oltre a richiedere indifferentemente il dolo e la colpa *ex art.* 59 comma 2, come imputazione soggettiva. In un tale contesto, si potrebbe sottoporre la nuova disciplina a censure di inefficacia ed ineffettività, in evidente contrasto con le prescrizioni sovranazionali. Considerare, invece, il secondo comma come reato autonomo, in assenza dell'introduzione di un espresso divieto di bilanciamento (questa è la tecnica che viene utilizzata quando il legislatore introduce una circostanza aggravante alla quale ritiene di dare maggiore rilevanza, così come accaduto recentemente, a seguito della Riforma Orlando), rende la fattispecie maggiormente compatibile con la disciplina sovranazionale, sia con riguardo all'art. 1 CAT, che focalizza il disvalore del fatto nella condotta di sopraffazione posta in essere da quei soggetti che rivestono una qualifica pubblicistica, sia in riferimento all'art. 2 paragrafi 2⁵⁶⁸ e 3⁵⁶⁹ della CAT, che rendono inammissibili cause di giustificazione che legittimino la tortura di Stato⁵⁷⁰. Considerare la previsione di cui al comma 2 dell'art. 613-*bis* come fattispecie autonoma, inoltre, risalta e valorizza la condotta di abuso perpetrata dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. In tali casi, infatti, il trattamento sanzionatorio più severo risulta giustificato in relazione ad una pluralità di beni giuridici violati: non solo l'integrità fisica e la libertà morale della vittima, bensì anche il buon andamento della Pubblica amministrazione e la fiducia che i consociati ripongono nei riguardi delle Istituzioni⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Art 2.2 CAT: «Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura».

⁵⁶⁹ Art.2.3 CAT: «L'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato in giustificazione della tortura».

⁵⁷⁰ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano* [L. 110 del 2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 245-246.

⁵⁷¹ *Ibidem*; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 12; M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *La Giust. pen.*, 2015, fasc. IV, II, 253.

Ciò premesso, rimane ora da comprendere se l'ipotesi delineata dal nostro legislatore configuri, nel caso di specie, una mera circostanza aggravante⁵⁷² ovvero un reato autonomo⁵⁷³, data la scrittura ambigua della disposizione. Pare opportuno, quindi, soffermarsi sui criteri indicativi della presenza di un elemento costitutivo o di una circostanza, alla luce della più recente giurisprudenza.

Ad una prima disamina della norma, parrebbe ravvisarsi una circostanza aggravante speciale indipendente⁵⁷⁴. Come è noto, non esiste un criterio normativo in relazione al quale possa essere stabilito con certezza quando ci si trovi in presenza di una circostanza aggravante ovvero di un elemento costitutivo della fattispecie. Il principio di specialità, che opera come criterio decisivo ai fini della predetta distinzione solo in negativo, ravvisando la presenza di un reato autonomo qualora manchi un rapporto di genere a specie tra due fattispecie, è un criterio certamente necessario, ma non sufficiente ad individuare un'ipotesi circostanziale, occorrendo, così, ricorrere ai criteri suppletivi, il cui valore è meramente indiziario⁵⁷⁵. Con riguardo al reato in esame, il rapporto di genere a specie si deve individuare nella qualifica pubblicistica del soggetto agente e nella realizzazione della condotta mediante

⁵⁷² Propendono per la natura circostanziale, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla legge n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 90-92; F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., nota 41; E. SCAROINA, *op. cit.*, 298-299.

⁵⁷³ Sull'autonomia del c.2 dell'art. 613-bis c.p., F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia*, cit., par. 5.4; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 12-13; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 24-25; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 229-232; ID., *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 145-150; I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 maggio 2014, 6; ID., *Il delitto di tortura*, cit., 4-5; M. L. MATTHEUDAKIS, *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in A. CADOPPI, P. VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, II ed., Milano, 2017, 254; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario Breve al codice penale*, Padova, 2017, 2115; S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 11-12; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 5.

⁵⁷⁴ La pena risulta determinata in misura «*indipendente*» rispetto a quella ordinaria, entro una nuova cornice edittale da cinque a dodici anni, rispetto a quella dai quattro ai dieci anni prevista dal comma precedente. Cfr., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, (aggiornata da E. DOLCINI, G. L. GATTA), IV ed., Milano, 2017, 566.

⁵⁷⁵ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op. cit.*, 510.

abuso dei poteri o violazione dei doveri⁵⁷⁶ (secondo una formulazione del tutto analoga a quella dell'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 9 c.p.). A rafforzare tale lettura della natura circostanziale del comma secondo dell'art. 613-bis intervengono, altresì, il criterio «*topografico*»⁵⁷⁷, essendo la fattispecie collocata nel medesimo articolo disciplinante la tortura comune ed il criterio «*strutturale*» ravvisabile nella tecnica del rinvio al fatto-reato tipizzato nel comma precedente («*se i fatti di cui al primo comma [...]*»)⁵⁷⁸.

I recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, peraltro a Sezioni Unite⁵⁷⁹, attribuiscono rilievo decisivo proprio a quest'ultimo criterio «*strutturale*» riguardante la modalità di descrizione della fattispecie penale, secondo cui, appunto, se la descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie è operata per *relationem*, mediante rinvio ad altra figura criminosa, ci si trova dinanzi ad

⁵⁷⁶ Come ritenuto dalla giurisprudenza prevalente e dalla dottrina, l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri si ravvisano anche qualora i soggetti qualificati abbiano agito al di fuori dell'ambito delle proprie funzioni, essendo sufficiente che le proprie qualità abbiano in qualunque modo facilitato la commissione del reato. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 maggio 2009, in C.E.D., rv. n. 243805; Cass., Sez. II, 26 febbraio 2014, n. 12736, in Cass. pen., 2014, 11, 3758. In dottrina, A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 7.

⁵⁷⁷ Come è noto, però, si tratta di un criterio particolarmente «*debole*» e smentito in un numero significativo di ipotesi. E' pur vero che ragioni di «*ordine*» sistematico e di «*estetica*» legislativa suggeriscano di formulare le ipotesi di reati autonomi in articoli separati, collocando, per contro, le ipotesi circostanziate nello stesso articolo che prevede il reato-base cui esse accedono, tuttavia il legislatore non si è sempre coerentemente attenuto a tale criterio, specie se si considera che il nostro codice, nella sua attuale configurazione, è frutto di modifiche avvenute in tempi differenti, guidate da ideologie diverse. Sul punto cfr., F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione"*, in Riv. it. dir. proc. pen., vol. 54, n. 4, 2011, 1581.

⁵⁷⁸ Il legislatore, infatti, opera un rinvio agli elementi costitutivi disciplinati nel primo comma, rinunciando, così, a tipizzare il fatto di reato.

⁵⁷⁹ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 26351, in Dir. e Giust., 2002, fasc. 23, 38. Per un commento della sentenza v., G. AMATO, *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in Guida dir., 2002, n. 42, 64; G. ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in Cass. pen., 2002, 3368; R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in Dir. pen. proc., 2003, n. 3 303; R. BORGOGNO, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in Giur. It., 2004, 379; F. CINGARI, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in F. PALAZZO (a cura di), *La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Diritto penale*, Padova, 2005, 212; A. FABBRO, *Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in Cass. pen., 2003, 2322; V. PEZZELLA, *Truffa sul conseguimento di erogazioni pubbliche: attenti alla prescrizione*, in Dir. e giust., 2002, n. 38, 31; D. TERRACINA, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nella fattispecie di reato*, in Ind. pen., 2003, 667.

una circostanza, e non ad una fattispecie autonoma di reato⁵⁸⁰. Ancora più di recente la Suprema Corte a Sezioni Unite⁵⁸¹, richiamando una sua precedente decisione⁵⁸², ha ribadito l'adesione a tale criterio al fine di dirimere la questione della natura dell'art. 12 comma 3 del D. Lgs. 286/98, secondo la quale la norma configura una circostanza aggravante.

Totalmente assente, invece, è il riferimento al criterio logico-letterale, non avendo il legislatore attribuito una qualificazione esplicita alla figura in esame. È evidente, tuttavia, che queste tecniche legislative, costituendo dei criteri «deboli», a differenza del criterio di specialità (che rappresenta un criterio forte ed una condizione necessaria, non anche sufficiente a fondare la natura circostanziale di una fattispecie), non possano affatto vincolare l'interprete: prima di tutto, perché esse sono desunte dalla mera osservazione – casistica e assolutamente parziale – della legislazione vigente; in secondo luogo, perché il legislatore, in nessun punto della legge – non in un prologo, non in un «considerando» e tanto meno in un articolo di legge – ha giurato fedeltà ad esse⁵⁸³.

⁵⁸⁰In realtà parte della dottrina considera tale requisito «il più 'forte' tra i criteri 'deboli'». Sul punto, F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?* cit., 1579 ss. Secondo l'A.: «Non possiamo, pertanto, condividere l'«entusiasmo» espresso dalle Sezioni unite nella sentenza Fedi, in cui si è convintamente sostenuto che, allorché una fattispecie, speciale rispetto ad altra fattispecie, risulti altresì descritta per relationem ad essa, dovrebbe senz'altro essere ritenuta circostanziale. Del resto, le stesse Sezioni unite, intervenendo di recente sull'art. 319 ter – nonostante il rapporto di specialità e la descrizione per relationem agli artt. 318 e 319 – non sono state nemmeno sfiorate dal dubbio che la corruzione in atti giudiziari possa essere una circostanza, anziché un reato autonomo. Più prudente, quindi, attribuire anche al criterio della descrizione per relationem un valore meramente indiziario, dal momento che non sempre la sua presenza consente di giungere a conclusioni inconfutabili».

⁵⁸¹Cass., Sez. Un., 21 giugno 2018, n. 40982 in Riv. pen., 2018, 11, 979.

⁵⁸²Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, in Cass. pen., 2012, 11, 3681. Quest'ultima sentenza è di particolare interesse in relazione alla tematica in esame, in quanto l'elemento specializzante era la qualifica soggettiva dell'agente: la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, costituisce una circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 615-ter c.1 c.p. e non un'ipotesi autonoma di reato.

⁵⁸³Che la qualificazione di un elemento come circostanziale o costitutivo possa giungere solo all'esito dell'applicazione di una pluralità di criteri, è opinione diffusa in dottrina: così, tra gli altri, M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1949, 566; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, 79; M. PELISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in Dir. pen. proc., 1999, 343.

Infine, altro elemento che fa propendere per la sussistenza di un'aggravante speciale indipendente emerge dalla lettura dei commi quarto e quinto dell'art. 613-bis c.p., disciplinanti le fattispecie aggravate delle lesioni o della morte del torturato. Invero, in tali casi viene fatto riferimento «ai fatti di cui al primo comma», lasciando in tal modo trapelare che il delitto di tortura sia tipizzato unicamente nel primo comma. Se considerassimo il comma secondo come un reato autonomo, si giungerebbe alla conclusione paradossale di ritenere inapplicabile proprio al delitto più grave i consistenti aumenti di pena previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 613-bis c.p., qualora dalla tortura derivassero lesioni personali, anche gravi o gravissime, o la morte del soggetto torturato. La tortura di Stato assumerebbe, invero, la veste di un reato meno pesantemente sanzionato rispetto alla tortura privata, con tutto ciò che ne consegue⁵⁸⁴.

La tesi della natura circostanziale del comma *de quo*, ben può essere confutata in favore dell'autonomia della figura di cui al c. 2 dell'art. 613-bis, facendo leva su un'altra molteplicità di argomentazioni. Si pensi al criterio «teleologico», secondo cui quando una fattispecie penale tutela un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato dalla fattispecie penale di riferimento, ci si trova dinanzi ad una fattispecie autonoma di reato e non ad una circostanziata. Sebbene nella tortura di cui al primo comma, il «cuore» dell'offesa sia ravvisabile nella «violazione di una relazione di affidamento o tutela», la tortura di Stato si colloca su di un piano teleologico divergente, traendo la propria speciale lesività dalla distorsione dell'attività della pubblica amministrazione e «dallo sviamento del potere coercitivo conferito all'autorità»⁵⁸⁵.

Inoltre, il comma quarto, caratterizzato da un'infelice formulazione, prevede aggravati di trattamento sanzionatorio qualora dai fatti di tortura scaturiscano delle lesioni personali di differente gravità, aumenti di pena calcolati

⁵⁸⁴C. D. LEOTTA, voce «Tortura (reato di)» in *Dig. disc. pen.*, Torino, X aggiornamento, 2018, 877.

⁵⁸⁵P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 232; nello stesso senso, E. SCAROINA, *op. cit.*, 298.

prendendo come riferimento «*le pene di cui ai commi precedenti*»⁵⁸⁶. Così facendo, considerando il secondo comma quale circostanza aggravante, si ricadrebbe nel paradosso di un aggravante operante, in maniera anomala, su di un'altra circostanza aggravante⁵⁸⁷.

Ulteriore argomento a favore dell'autonomia della tortura perpetrata dal pubblico ufficiale, risiede nel comma 3 dell'art. 613-*bis*, secondo il quale «*il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti*». Si tratta di una trasposizione nell'ordinamento interno dell'ultimo paragrafo dell'art. 1 CAT⁵⁸⁸. Il fine di questa disposizione è quello di limitare l'ambito di punibilità del reato *de quo*, escludendo la rilevanza penale del sovraffollamento carcerario e di altri trattamenti inumani o degradanti connessi alle condizioni di detenzione; insomma di tutti i fatti di tortura propria nei casi in cui violenza o minaccia siano poste in essere in esecuzione di sanzioni legittime⁵⁸⁹.

La sua portata pratica risulterebbe scarsamente decifrabile laddove il secondo comma avesse natura di mera aggravante: l'esclusione di tale circostanza nei casi di esecuzione di pena legittima lascerebbe infatti in piedi la fattispecie base, rendendo paradossalmente punibile il pubblico agente ai sensi del comma 1⁵⁹⁰. Inoltre, non si comprenderebbe nemmeno la logica nascosta dietro a tale scelta legislativa, dato che il medesimo terzo comma risulta incompatibile con gli elementi costitutivi del delitto di tortura nella sua forma base. Basti pensare alla presenza dell'avverbio «unicamente». Le sofferenze di cui si parla derivano esclusivamente da misure legittime che incidono in senso negativo sui diritti della persona e non si comprende, pertanto, come le stesse possano

⁵⁸⁶ Si tratta chiaramente di un'infelice formulazione in quanto il legislatore dapprima si riferisce ad un aggravio di pena per le conseguenze derivanti dai «*fatti di cui al primo comma*», senza fare alcun riferimento al secondo e poi parla anche di aumento delle «*pene di cui ai commi precedenti*», al plurale, come a volere ricomprendere anche il secondo comma.

⁵⁸⁷ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 160; nello stesso senso F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 5. L'A. sottolinea l'inesattezza della tecnica legislativa dell'aggravante sull'aggravante.

⁵⁸⁸ L'art. 1 CAT, nell'ultimo paragrafo, sancisce che il termine tortura: «*non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate*».

⁵⁸⁹ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 8; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 159.

⁵⁹⁰ F. CANCELLARO, *Tortura*, cit., par. 5.4.

essere causate da condotte minacciose, violente o crudeli⁵⁹¹. In tal caso, probabilmente, la scelta preferibile sarebbe stata quella di escludere l'applicazione sia del primo comma che del secondo della norma in esame⁵⁹². Qualificare, quindi, il secondo comma dell'art. 613-*bis* come circostanza aggravante, condurrebbe alla bizzarra previsione, nel terzo comma, di una esimente applicabile solamente ad una circostanza⁵⁹³. Ciò non avrebbe come effetto quello di escludere la punibilità, bensì quello irragionevole di escludere solo l'applicazione dell'aggravante. Pertanto, al fine di evitare una tal siffatta conseguenza, sarebbe opportuno individuare nel secondo comma della norma oggetto di analisi, un reato autonomo e non una circostanza aggravante del delitto di tortura.

La natura autonoma della fattispecie in esame si desume, altresì, dal testo dell'art. 613-*ter* c.p., norma che sanziona la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle sue funzioni o del servizio, istighi in maniera concretamente idonea un altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a commettere il «*delitto di tortura*». L'ipotesi richiamata non può che essere quella del secondo comma dell'art. 613-*bis* ed il rinvio al termine «*delitto*», anziché al fatto descritto in tale secondo comma, farebbe propendere per la natura autonoma della figura ivi indicata⁵⁹⁴. Inoltre l'art. 613-*ter* c.p. costituisce una deroga dell'art. 115 c.p., omogenea a quanto avviene rispetto ai più gravi delitti previsti dal Titolo I c.p., trattandosi «*di una anticipazione della punibilità coerente solo con l'esistenza di una fattispecie autonoma che stigmatizzi queste condotte*»⁵⁹⁵.

Last, but not least, la previsione di una fattispecie aggravata risulterebbe comunque, *inutiliter data* alla luce dell'art. 61 cod. pen., che prevede già quale

⁵⁹¹ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 13.

⁵⁹² Così come era previsto nel testo del ddl. approvato alla Camera il 09.04.2015, n. 10-362-388-395-849-874-B.

⁵⁹³ A. TIGRINO, *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra la tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Arc. Pen.*, 23 ss.

⁵⁹⁴ G. FLORA, *Il nuovo articolo 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 345.

⁵⁹⁵ A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 355-356.

aggravante comune «*l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio*», in relazione al quale l'autore del reato «*pubblico ufficiale*» o «*incaricato di un pubblico servizio*» è implicito⁵⁹⁶.

In conclusione, quindi, sebbene dalla tecnica legislativa utilizzata ed in base a quanto emergente dai lavori preparatori, a prima vista, si potrebbe essere portati a considerare la tortura di Stato quale semplice variante aggravata del reato di tortura, a parere di chi scrive, pare doversi concludere, invece, in senso favorevole per la natura di fattispecie autonoma ravvisandosi, così, nella medesima norma due reati, uno volto a reprimere una particolare forma di maltrattamento tra privati, l'altro teso a punire la perversione del potere coercitivo conferito all'autorità⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸. Mediante tale interpretazione «*ortopedica*», si rende meno evidente «*l'infedeltà*», sottolineata da alcuni autori⁵⁹⁹, del nostro legislatore agli obblighi internazionali. Il risultato ermeneutico così raggiunto ben si concilia con una interpretazione convenzionalmente orientata che impone la necessità di sanzioni penali che siano «*effettive e dissuasive nei confronti delle forme di tortura descritte dalla fattispecie quando vengano commesse da soggetti investiti di uno status pubblicistico, evitando il nostro Stato di continuare ad essere esposto alle*

⁵⁹⁶ F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., 173. Secondo l'A. alla circostanza aggravante «*si è fatto ricorso soltanto, [...], a mo' di specchio per le allodole, queste essendo rappresentate tanto dalle forze dell'ordine che avrebbero dovuto essere soddisfatte della non previsione del reato proprio, quanto dai sostenitori del reato proprio che avrebbero dovuto essere soddisfatti della previsione dell'aggravante. Sappiamo invece come gli uni e gli altri, adducendo ragioni non sempre condivisibili, siano rimasti altamente insoddisfatti*».

⁵⁹⁷ In tal senso, M. PASSIONE, *Il reato che non c'è, quello che ci serve*, in *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, a cura di C. PERONI, S. SANTORSO, Milano, 2015, 45; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 266; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 7.

⁵⁹⁸ Sulla configurabilità della fattispecie autonoma della tortura di Stato propende anche la legge n. 110 del 2017 globalmente considerata. Oltre all'introduzione del già menzionato art. 1 che introduce il delitto di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura *ex art.* 613-ter, si pensi all'art. 2 della Novella, che introduce l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, all'art. 3 che disciplina il divieto di allontanamento di una persona verso uno Stato in cui rischi di subire tortura, all'esclusione dall'immunità diplomatica per chi è imputato o condannato per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale (art.4). «*Tutto nella legge parla di tortura di Stato, tranne la qualificazione giuridica del reato*». Sul punto, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRINUOVO (a cura di), *op. cit.*, 98.

⁵⁹⁹ V., *supra*, par. 6.1.

condanne della Corte EDU»⁶⁰⁰.

Per quanto non si debba essere favorevoli alla moltiplicazione delle fattispecie, probabilmente, per mettere meglio in risalto il divergente disvalore giuridico emergente con riguardo alla tortura interprivata e governativa, si sarebbero potute separare le due fattispecie collocandole in due norme distinte (così come accaduto con riguardo all'art. 613-ter c.p.) in un'ottica maggiormente funzionale al principio di determinatezza, tassatività e, più in generale, del principio di legalità⁶⁰¹.

7. I soggetti passivi del reato di tortura

L'art. 613-bis c.p. ravvisa tre categorie di soggetti passivi: 1) quelle private della libertà personale; 2) quelle affidate alla «*custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza*» del soggetto agente e 3) quelle che si trovano in «*una condizione di minorata difesa*»⁶⁰².

L'analisi delle fonti internazionali suggerisce come uno dei tratti peculiari della tortura sia proprio la condizione di soggezione, impotenza e vulnerabilità del soggetto che la subisce⁶⁰³. La stessa Corte di Strasburgo ha evidenziato, tramite le sue pronunce, lo stato di vulnerabilità che caratterizza la vittima del reato di tortura, ravvisando la sussistenza di tortura in vicende in cui le sofferenze

⁶⁰⁰ A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 356. Il riferimento è alle pronunce della Corte Edu, *Cestaro v. Italia*, del 7 aprile 2015 e *Bartasaghi, Gallo e altri v. Italia*, del 22 giugno 2017, già ampiamente richiamate ed analizzate nel par. 4.1.

⁶⁰¹ V., A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 96, nota 54. Secondo l'A., l'introduzione di due norme distinte avrebbe meglio soddisfatto l'obbligo di dare attuazione alle norme internazionali pattizie. A. DI MARTINO, *Appunti*, cit., 106-107, ravvisa come opzione preferibile quella di capovolgere l'impostazione seguita dal legislatore nell'art. 613-bis, estendendo «*la fattispecie propria a fatti materialmente analoghi commessi da soggetti non qualificati*», quale forma di tutela aggiuntiva per le vittime.

⁶⁰² A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 18-19.

⁶⁰³ J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 150 Dai lavori preparatori della Convenzione Onu è emerso come l'obiettivo della nascita della stessa fosse proprio la tutela delle persone private della libertà personale e «*quelle in potere o sotto il controllo, anche di fatto, del soggetto attivo*». V., Consiglio DU, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Manfred Nowak, 9 febbraio 2010, A/HRC/13/39, par. 60. V., altresì, Comitato CAT, General Comment No. 2, cit., par. 15, 17; Commissione per i diritti umani [...], *Report by the Special Rapporteur, Mr. P. Kooijmans* [...], 19 febbraio 1986, E/CN.4/1986/15, par.8.

arrecavano offesa ad un individuo «indifeso»⁶⁰⁴. L'impotenza della vittima, inoltre, «è un requisito costitutivo implicito del crimine contro l'umanità di tortura nello Statuto di Roma»⁶⁰⁵.

Per quanto concerne la prima categoria di soggetti passivi, ossia coloro che siano privati della libertà personale, si possono distinguere due interpretazioni, una restrittiva⁶⁰⁶ ed una più lata, discendenti, entrambe, dalla nozione di «privazione della libertà personale». Secondo i fautori della prima impostazione, l'espressione in oggetto sembra strettamente correlata all'obbligo di criminalizzazione di cui all'art. 13 comma 4 Cost., relativo alla limitazione della libertà in forza di un provvedimento giurisdizionale (si pensi alla tortura perpetrata a danno dei prigionieri ovvero di soggetti sottoposti a misure detentive, anche cautelari)⁶⁰⁷. Tale interpretazione, però, risulta essere eccessivamente restrittiva. Ad un'analisi più approfondita della norma, infatti, emergerebbe l'irrelevanza del titolo di privazione della libertà che può essere, invece, legittimo oppure illegittimo (basti pensare non solo alla tortura perpetrata da una pubblica autorità in seguito ad un arresto illegale, ma anche all'ipotesi in cui la condotta sia posta in essere da un privato nei confronti di un altro privato, come accade nel sequestro di persona)^{608 609}.

⁶⁰⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 149; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2013, *Valiulienė v. Lithuania*, ric. n. 33234/07, par. 73-75; Corte europea dei diritti dell'uomo, 09 settembre 2009, *Opuz v. Turkey*, ric. n. 33401/02, par. 159, 168-170, 176.

⁶⁰⁵ V., art. 7, comma 2, let. E) dello Statuto di Roma. Secondo tale articolo, il crimine contro l'umanità di tortura può essere commesso nei confronti di coloro di cui l'agente «abbia la custodia o il controllo». Si tratta di una condizione che non snatura il concetto di tortura e «lascia spazio a rapporti di asservimento, autorità o soggezione non formalizzati tra soggetto attivo e passivo». P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 237; ID., *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 151.

⁶⁰⁶ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 157.

⁶⁰⁷ Il riferimento è, altresì, ai soggetti passivi privati della libertà personale in virtù di un legittimo atto coercitivo quali l'arresto ex artt. 380 e 381 c.p.p., il fermo ex art. 384 c.p.p. ovvero l'esecuzione della pena detentiva ex art. 656 c.p.p.

⁶⁰⁸ In tal senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 231. Cfr., altresì, A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 3. L'A. evidenzia come la giurisprudenza di merito abbia spesso registrato ipotesi di tortura *ante litteram* commesse ai danni delle vittime di un sequestro di persona. Il tipico esempio è quello precedentemente menzionato della pronuncia del Tribunale di Monza, sent., n. 2312 del 10 giugno 2016 e del Trib. Di Como, sent. n. 738 del 27 aprile 2017. V., *supra*, par. 6.1.

Qualora la norma si fosse limitata ad individuare la prima categoria di soggetti passivi, il rischio sarebbe stato quello di non garantire una tutela nei confronti di coloro che, pur non essendo privati propriamente della libertà personale, sarebbero stati sottoposti a forme particolarmente gravi di violenza, senza alcuna possibilità di difendersi⁶¹⁰ (così come accaduto in relazione ai fatti del G8 agli occupanti della Scuola Diaz di Genova). Al fine di evitare vuoti di tutela, quindi, il legislatore ha individuato le altre categorie di soggetti passivi, estendendone il novero oltre i più limitati confini individuati dall'art. 13 Cost.^{611 612}. Con riguardo alla seconda categoria sopra richiamata, la persona offesa dal reato *de quo* deve essere affidata alla «*custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura ed assistenza*». Si richiede, quindi, la sussistenza di un rapporto qualificato tra il reo e la vittima, in particolare situazioni di protezione o controllo formalizzate per legge o per contratto, oppure mere relazioni di fatto.⁶¹³ La critica evidenziata da molti Autori⁶¹⁴ sul punto è rappresentata dal

⁶⁰⁹ Sulla distinzione tra l'arresto illegale (ex art. 606 c.p.) e il sequestro di persona (ex art. 605), cfr., Cass., Sez. V, 25 luglio 2017, n. 26885, in www.iusexplorer.it.

⁶¹⁰ E. SCAROINA, *op. cit.*, 267; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 11. L'A. riporta l'esempio di un gruppo di estremisti *xenofobi* che esercita forme brutali di violenze nei confronti di un gruppo di pacifici manifestanti stranieri.

⁶¹¹ Critico sul punto, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2018, fasc. 2, p. 397; ID., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op.cit.*, 91, il quale si sofferma sulla questione che l'art. 13 quarto comma Cost. si riferisce alla punizione di ogni violenza fisica e morale su persone «*comunque*» sottoposte a restrizione di libertà. Come precisato «*comunque*» non è sinonimo di «*ovunque*», «*come ha invece frainteso il legislatore che ha inteso punire la tortura consumata all'interno di un qualsiasi rapporto asimmetrico tra forte e un debole*».

⁶¹² E. R. BELFIORE, *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Arch. pen. Speciale riforme web*, 2018, 2; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 157; E. SCAROINA, *op. cit.*, 266-267.

⁶¹³ Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alle strutture scolastiche, ospedaliere, case di cura e riposo, aziende), ossia a tutti quei casi in cui i fatti di tortura si estrinsechino in qualunque forma di *auctoritas* o *potestas* di un soggetto forte su uno debole. Si pensi anche alle REMS (le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza che hanno sostituito gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari) ed ai CPR (Centri di Permanenza per il Rimpatrio dei migranti, che prima della legge L 46/2017 erano denominati CIE): «*non a caso luoghi di elezione per le visite a sorpresa del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*». Sul punto, S. AMATO, G. PASSIONE, *Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 gennaio 2019.

⁶¹⁴ Sul punto cfr., M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura*, cit., 254; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano, [L. 110/2017]*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 231. Nello stesso senso, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 23; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ, (a cura

«serio»⁶¹⁵ rischio di interferenza tra la portata applicativa della norma *de qua* ed il delitto di maltrattamenti *ex art.* 572 c.p., il quale ha un ambito di applicazione che si estende oltre il contesto dei rapporti familiari e di convivenza, includendo, appunto, anche la persona sottoposta all'autorità, o affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia all'autore della condotta⁶¹⁶.

Occorre, infine, soffermarsi sulla terza categoria di soggetti passivi, ossia quando questi ultimi si trovino in condizioni di «*minorata difesa*». Si tratta, invero, di una nozione dai contorni sfumati, fortemente indeterminata, che comporta ampi margini di discrezionalità interpretativa. Una «*congenita imprecisione*» del concetto ad oggi mai sottoposta al vaglio della Corte costituzionale in relazione all'imperativo di tassatività/precisione della norma penale *ex art.* 25 comma 2 Cost., poiché integrante, allo stato, una mera *circostanza aggravante* ai sensi dell'art. 61 n. 5 c.p.⁶¹⁷ e non un elemento costitutivo incidente sull'*an* della responsabilità penale⁶¹⁸. L'opzione di elevare la nozione ad elemento costitutivo della fattispecie richiede sicuramente una maggior attenzione in ordine alla «*effettiva capacità*

di), *op. cit.*, 2118. Oltre alla fattispecie di cui all'art., 572, è opportuno menzionare, in tale sede, anche le delicate questioni che si pongono in materia di concorso, apparente o reale, della fattispecie di tortura rispetto ad altri reati, quali atti persecutori (612-bis), caporalato (art. 603-bis), abuso di mezzi di correzione (art. 571). A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 18-19; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, pp. 463 ss; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 12. Per una visione critica sul rapporto tra l'art. 613-bis (nella formulazione licenziata dal Senato) e la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. si rinvia ad A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., 38; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9; I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 17 ss; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisfo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)- <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 febbraio 2016, 24-25; E. SCARONA, *op. cit.*, 267.

⁶¹⁵ M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura*, cit., 254. Secondo l'A., «*evidente dovrebbe apparire il rischio di sovrapposizioni tra le due fattispecie criminose, con annesso rischio che le procure possano contestare il più grave delitto (magari in concorso con quello di maltrattamenti) in ipotesi di violenze o sopraffazioni intrafamiliari, ovvero consumate all'interno di case di cura o di riposo*».

⁶¹⁶ Sull'analisi della possibile interferenza sulle due norme, v., *infra*, par., 14.

⁶¹⁷ L'art. 61 n.5 prevede la circostanza aggravante dell'«*avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*».

⁶¹⁸ F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 12; A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 3.

*descrittiva dell'inciso rispetto al novero dei soggetti passivi»⁶¹⁹. L'elaborazione giurisprudenziale emersa in relazione all'ipotesi circostanziale richiama una situazione in cui la vittima non può adeguatamente opporre una resistenza dinanzi ad una condotta criminosa, a causa di determinati fattori ambientali⁶²⁰, temporali⁶²¹ e personali⁶²². La stessa, quindi, risulta integrata per il solo fatto, oggettivamente considerato, della ricorrenza di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa⁶²³ e, ai fini della sua configurabilità, occorre che vi siano condizioni oggettive conosciute dall'agente e di cui questi abbia volontariamente approfittato, valutazione che deve essere fatta «in concreto», «caso per caso» e secondo una «valutazione complessiva» degli elementi disponibili⁶²⁴. Non è evidente se «questo plesso ermeneutico» sia totalmente applicabile alla fattispecie di tortura ovvero se sia preferibile una diversa interpretazione in ordine alla divergente menomazione della capacità di difesa del soggetto passivo in relazione alle violenze ed agli abusi perpetrati nei suoi confronti⁶²⁵ ed alla diversa natura giuridica della minorata difesa. Indipendentemente dal significato che si vorrà attribuire alla nozione, ciò che desta perplessità, oltre alla suddetta violazione del principio di precisione, è la violazione del principio di uguaglianza, dato che non si comprende la *ratio* del non punire un determinato fatto esclusivamente in quanto «la vittima non versi in condizioni di particolare difficoltà a*

⁶¹⁹E. SCAROINA, *op. cit.*, 268-269.

⁶²⁰ Si pensi, *ex multis*, ad una località disabitata (Cass., Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 7433, in *C.E.D.*, rv 249603); isolata (Cass., Sez. II, 17 ottobre 2011, n. 44624, in <http://www.iusexplorer.it>), ovvero scarsamente illuminata (Cass., Sez. V, 11 marzo 2011, n. 19615, in *C.E.D.*, rv 250183).

⁶²¹ Hanno assunto rilevanza, ad esempio, le condotte criminose realizzate di notte. *Ex multis* Cass., Sez. V, 26 febbraio 2018, n. 20480, in *C.E.D.*, rv 272602.

⁶²² Tali circostanze attengono ad uno stato di debolezza fisica o psichica in cui il soggetto passivo del reato si trovi per qualsiasi motivo (ad es. età, mutilazione, deficienza psichica, gravidanza, ubriachezza, ecc.). Ne consegue, quindi, che esse devono essere conosciute dall'agente e tali da ostacolare, in relazione alla situazione fattuale concretamente esistente, la reazione dell'Autorità pubblica o delle persone offese, agevolando la commissione del reato (Cass., Sez. II, 7 gennaio 2015, n. 13933, in *C.E.D.*, rv 263293, fattispecie nella quale l'aggravante è stata ritenuta sussistente in relazione ad una serie di truffe, connesse all'abusivo esercizio delle professioni di psicologo, psicoterapeuta e medico psichiatra, poste in essere dall'imputato in danno dei pazienti).

⁶²³ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 24 novembre 2010, n. 1319, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1008.

⁶²⁴ Cfr., *ex multis*, Sez. II, 7 gennaio 2015, n. 13933, in *C.E.D.*, rv 263293.

⁶²⁵ A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 19.

difendersi»⁶²⁶. A ciò si aggiunga il suo carattere pleonastico posto che, come è stato rilevato, risulta difficile pensare a casi in cui il soggetto passivo si trovi in una mera situazione di «*minorata difesa*» ed al contempo non sia privato della libertà⁶²⁷.

Al fine di garantire la massima tutela nei confronti delle parti offese, la soluzione ottimale sarebbe stata quella di evitare qualsivoglia selezione dei possibili soggetti passivi del reato *de quo*, conformemente all'art. 1 CAT, individuando la vittima in «*qualsiasi persona*»⁶²⁸.

L'anomia strutturale dell'art. 613-*bis* c.p. ha lasciato all'interprete, quindi, ampi spazi di manovra, i quali si dilatano ulteriormente quando si tratta di ricostruire e riallacciare tra loro i requisiti minimi della condotta tipica.

8. Le condotte tipiche

Per quanto concerne l'elemento oggettivo, l'art. 613-*bis* c.p. configura un reato a forma vincolata⁶²⁹, sia sul versante della condotta, richiedendosi che l'azione del reo si estrinsechi mediante determinate modalità (differentemente rispetto a quanto previsto in sede internazionale, dato che, per la Convenzione contro la tortura, il reato è a forma libera), sia sul piano dell'evento⁶³⁰.

Con particolare riguardo alla condotta, il legislatore nazionale ha previsto che l'agente ponga in essere «*violenze o minacce gravi*», ovvero che agisca con «*crudeltà*». Tali modalità dell'azione sono utili ad integrare la fattispecie di tortura solo qualora il fatto sia commesso «*mediante più condotte*», ovvero se

⁶²⁶ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9-10. Come rilevato da parte della dottrina, dovrebbe considerarsi assurda una diversa configurazione giuridica del fatto «*a seconda che lo stesso venga commesso a danno di un giovane privo di particolari "debolezze" psico-fisiche o di un soggetto anziano e malandato*». I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 158.

⁶²⁷ P. P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arc. Pen.*, n. 2, maggio-agosto 2017, 620-639.

⁶²⁸ M. PASSIONE, *Il reato che non c'è*, cit., 49; E. SCAROINA, *op. cit.*, 269; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 12.

⁶²⁹ Concorde anche la giurisprudenza, V., Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.4 secondo cui l'art. 613-*bis* «*introduce un reato doloso, formalmente vincolato per le modalità della condotta (violenze o minacce gravi, crudeltà), per l'evento naturalistico (acute sofferenze fisiche o – un verificabile trauma psichico)*».

⁶³⁰ V., *infra*, par. 9.

la condotta comporti un «*trattamento inumano e degradante*»⁶³¹. Occorre premettere che, come verrà analizzato più nel dettaglio, la formulazione linguistica e la tecnica legislativa che sono state utilizzate si caratterizzano per una forte imprecisione ed una vaghezza concettuale. Appare difficoltosa, infatti, l'individuazione delle condotte in concreto sanzionate, in violazione del principio di precisione di cui all'art. 25 comma 2 Cost., risultando la nuova disposizione, altresì, inottemperante degli obblighi di incriminazione derivanti dall'ordinamento sovranazionale.

L'articolazione delle condotte secondo modalità alternative porta, inoltre, ad interrogarsi in relazione alla configurabilità del delitto in esame come «*norma a più fattispecie*»⁶³² ovvero come «*fattispecie a più norme*». Risulta evidente che il collocare la disposizione di cui all'art. 613-bis c.p. nella prima o nella seconda categoria non sia privo di conseguenze sul piano giuridico: nel primo caso, infatti, l'eventuale realizzazione di più condotte lascia intatta l'unicità del reato; nel secondo, invece, la pluralità di condotte dà luogo ad un concorso di reati. Non vi è chi non veda come, alla luce del bene giuridico tutelato (libertà morale), le condotte costituiscano ontologicamente diverse manifestazioni esteriori di una sola situazione di fatto rivestente il medesimo disvalore sociale⁶³³, rappresentando l'art. 613-bis c.p. un evidente esempio di «*norma a*

⁶³¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Legge Orlando*, cit., 14. Cfr., altresì, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 5. L'A. mette in evidenza la possibile combinazione tra le diverse condotte: 1) violenze o minacce gravi realizzate mediante più condotte; 2) violenze o minacce gravi che comportino un trattamento inumano e degradante; 3) agire con crudeltà attraverso più condotte; 4) un'unica azione crudele che comporti un trattamento inumano e degradante. Nello stesso senso, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 233. Come evidenziato dall'A., per quanto concerne il punto 1) sopra descritto, «*la pluralità delle condotte non aggiunge nulla alla descrizione della condotta, in quanto questo elemento è già implicito nell'utilizzo del plurale (violenze o minacce gravi)*»; inoltre, anche con riguardo al sovraesposto punto 2, «*nulla aggiunge la specificazione del trattamento inumano e degradante, che costituisce una situazione speciale già ricompresa nell'ipotesi generale*» di cui al punto 1).

⁶³² Si ha una norma a più fattispecie quando il legislatore incrimina in modo alternativo una pluralità di condotte, in modo che chi contestualmente realizza più delle condotte ivi descritte commetta un solo reato; viceversa si è in presenza di una fattispecie a più norme qualora le condotte descritte in alternativa integrino fattispecie incriminatrici distinte, con la conseguenza che se un soggetto realizzasse le diverse condotte dovrebbe rispondere di più reati. Cfr., C. F. C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op. cit.*, 604-605.

⁶³³ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 112.

più fattispecie». Pertanto, qualora si realizzassero più condotte ai danni di un medesimo soggetto passivo e nello stesso contesto spazio-temporale, *nulla quaestio*, vista la caratterizzazione unitaria della condotta. Diversamente, qualora le vittime di atti di tortura fossero molteplici e le condotte fossero realizzate nel medesimo contesto spazio-temporale, si configurerebbe una pluralità di reati in concorso formale, dal momento che l'art. 613-bis c.p. risulta «posto a tutela del bene personalissimo della dignità umana»^{634 635}.

Passando, ora, ad un'analisi più dettagliata della condotta, è bene precisare che i termini violenza e minaccia sono rinvenibili in molteplici fattispecie presenti nel codice penale, ampiamente utilizzati dal legislatore i quali, però, mancano di una precisa definizione nel nostro codice penale. Dottrina e giurisprudenza, pertanto, si sono diffusamente soffermate sugli stessi, al fine di risolvere i possibili problemi interpretativi in riferimento a tali elementi costitutivi⁶³⁶. Come sottolineato da alcuni Autori, tuttavia, il concreto rischio che ne discende è quello di «tradire l'indicazione legislativa tesa a valorizzare, non soltanto il risultato, ma anche le concrete modalità di attuazione della condotta»⁶³⁷.

⁶³⁴M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 240. Nello stesso senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, *cit.*, 5. Il primo Autore si sofferma sulla circostanza che le condotte siano realizzate in contesti spazio-temporali differenti ed asserisce che «la protrazione nel tempo delle torture, con condotte prive di unità spazio-temporale[...] appare più correttamente dar luogo ad una pluralità dei reati, eventualmente legati dal vincolo della continuazione», ciò al fine di valorizzare «il maggior carico di offesa alla dignità umana che deriva dalla reiterazione, distanziata nel tempo, dei fatti di tortura».

⁶³⁵Come è stato sottolineato, parte della giurisprudenza ravvisa sempre una pluralità di reati in presenza di offese a soggetti passivi diversi; parte della dottrina, invece, distingue in relazione alla natura del bene offeso: in presenza di beni altamente personali, come quello in esame, vi sono tanti reati quanti sono i soggetti passivi. Per un'analisi sul punto, cfr., C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op.cit.*, 605.

⁶³⁶A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, *cit.*, 4.

⁶³⁷Sul punto, con riguardo alla nozione di minaccia, cfr., G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, 90 ss; circa la nozione di violenza, cfr., F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 6-7; G. DE SIMONE, *Violenza (diritto penale)*, *cit.*, 881 ss. In relazione a tali nozioni, in riferimento al delitto di tortura, cfr., A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, *cit.*, 5-6; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, *cit.*, 20; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 234-235; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2115-2116; E. SCAROINA, *op. cit.*, 272-273.

Ciò premesso, si distingue tra una violenza propria, comprendente l'energia fisica atta ad annullare o limitare la capacità di autodeterminazione di un soggetto e che «*non è soltanto la vis corporis corpori data e cioè il mettere le mani addosso, lo spingere, il togliere la libertà di movimento[...] ma anche qualsiasi mezzo fisico adoperato per lo scopo anzidetto, come, ad es., l'impiegare la corrente elettrica, l'utilizzo di armi, l'aizzare animali aggressivi*» ed una violenza impropria, consistente in «*ogni altro mezzo che produca il medesimo risultato*», differente rispetto alla minaccia e consistente in tutte quelle «*attività insidiose con cui il soggetto viene posto, totalmente o parzialmente, nell'impossibilità di volere o di agire, quali ipnotizzazione, narcotizzazione, inebriamento con alcool o sostanze stupefacenti*»⁶³⁸. Sicuramente, in relazione alla norma *de qua*, la nozione andrà considerata nel suo significato comune da intendersi quale violenza propria, facendovi rientrare tutte quelle pratiche consistenti in un *agere*, nell'impiego di energia fisica, quale, ad esempio, la sottoposizione della vittima ad *elettroshock*. Ad avviso di chi scrive, pare opportuno accogliere, a tal riguardo, anche la seconda nozione di violenza impropria, consentendo, così, di reprimere tutte quelle condotte che non si estrinsechino direttamente nell'impiego di energia fisica nei confronti di un soggetto, ma che, provocando forti sofferenze nei confronti dello stesso, vengano considerate forme di tortura quali, ad esempio, le tecniche di privazione del sonno, l'assenza di acqua e di cibo, l'esposizione prolungata a rumori assordanti⁶³⁹.

Parte della dottrina distingue, altresì, tra una violenza-fine, avente come scopo immediato quello di arrecare un danno al soggetto passivo e la violenza-mezzo, quando l'energia fisica viene impiegata come mezzo di costrizione⁶⁴⁰. Con riguardo alla fattispecie in esame, però, il legislatore non richiede che la condotta sia sorretta da una specifica finalità, quale quella di coartare la

⁶³⁸F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Vol. I, XVI ed., Milano, 2016, 144 ss. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., Sez. V, 15.12.2011, n.11620, in *Dir. e Giust.*, (web) – <http://www.dirittoegiustizia.it>, 26 marzo 2012.

⁶³⁹ In tal senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 5.

⁶⁴⁰ Sulla distinzione v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 271 ss.

volontà del soggetto passivo, costringendolo a fare, tollerare, o omettere qualcosa (come, invece, avviene nella violenza privata)⁶⁴¹.

Forse più opportuna, nell'ottica di tutela della dignità umana, e tesa a ricomprendere la più ampia casistica di fatti di tortura commessa mediante atti di violenza, potrebbe essere quella definizione del concetto condivisa da una cospicua parte di Autori e confermata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite⁶⁴² incentrata sull'offesa attuale, lesione o messa in pericolo della vita e dell'integrità fisica⁶⁴³ anche se, data l'assenza di un riferimento espresso ad una determinata tipologia di violenza, ben si potrebbe integrare tale concezione e ritenere «*che la stessa possa essere esercitata anche sulle cose*»⁶⁴⁴. Un aiuto che potrà guidare l'interprete nella delimitazione della nozione di violenza penalmente rilevante sarà fornito, altresì, dalla «*tristemente ampia casistica giunta all'attenzione della Corte EDU*»⁶⁴⁵.

Per quanto concerne l'elemento costitutivo della minaccia, seppur più semplice da definire, ne risultano comunque incerti i confini⁶⁴⁶. Secondo l'accezione generalmente accolta, essa consiste nella prospettazione di un male futuro ed ingiusto, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente⁶⁴⁷. Al fine di

⁶⁴¹ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 234; più in generale V., F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 139; G. L. GATTA, *op. cit.*, 66.

⁶⁴² Cass., Sez. Un., 18.12.2008, 2437, in *Riv. pen.*, 2009, 4, 448.

⁶⁴³ A. PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 29; F. VIGANÒ, *op. cit.*, 241 ss. Tale impostazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, in *Il Foro it.*, vol. 132, 6/2009, 303-332.

⁶⁴⁴ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 4; Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, cit., par. 6.4.

⁶⁴⁵ E. SCARONA, *op. cit.*, 274.

⁶⁴⁶ Si pensi alla distinzione tra minaccia-fine e minaccia-mezzo. Cfr., G. L. GATTA, *op. cit.*, 20. Secondo l'A. «*nel primo caso si parla di minaccia-fine (a se stessa): un fatto illecito sanzionato dall'ordinamento per l'offesa che reca all'integrità (o incolumità) psichica; nel secondo caso si parla invece di minaccia-mezzo (di coazione): una tipica modalità della condotta valutata negativamente dal diritto, come altresì ci proponiamo di mostrare, non solo per l'offesa all'integrità psichica, implicata in ogni forma di minaccia, ma anche e soprattutto per l'offesa alla libertà di autodeterminazione dell'individuo, insita nella coazione realizzata attraverso l'intimidazione*».

⁶⁴⁷ F. DASSANO, *Minaccia*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 336; G. L. GATTA, *op. cit.*, 17; E. VIARO, *Violenza e minaccia*, in *Nov. dig. it.*, XX ed., 1976, 968. La condotta minacciosa può essere realizzata tanto mediante l'utilizzo di espressioni verbali, indirizzate alla persona offesa, oralmente o per iscritto, quanto mediante comportamento concludente, purché questo sia «*oggettivamente caratterizzato da atteggiamenti marcatamente minacciosi*». Cfr., altresì, F. VIGANÒ, *Art. 610*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. III, Milano, 2015, 20-24; A. VALSECCHI, *Delitti contro la libertà fisica e psichica*

evitare che sia integrata la condotta in presenza di una nozione di minaccia sfumata, di primario rilievo è il rispetto del principio di offensività in relazione al bene giuridico tutelato che, nel caso di specie, è rappresentato dalla libertà morale del soggetto vittima di soprusi⁶⁴⁸. E' stato sottolineato, altresì, che con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 613-bis c.p., la minaccia sia correlata causalmente più all'evento del «*verificabile trauma psichico*» che alle «*acute sofferenze fisiche*» richiedendo, queste ultime, l'utilizzo di mezzi materiali⁶⁴⁹. Oltre all'assenza di una precisa definizione in ordine alle condotte sopra analizzate si devono avanzare altri due rilievi critici, consistenti l'uno nell'utilizzo dell'aggettivo «*gravi*» e l'altro nell'impiego dei plurali. Con riguardo al primo aspetto, l'aggettivo è stato reinserito dalla Commissione giustizia del Senato, in seconda lettura, con l'intento di dare una qualificazione a tali condotte. Non vi è chi non veda, ad una previa analisi, un elemento di notevole indeterminatezza descrittiva⁶⁵⁰, lasciato al prudente apprezzamento del giudice. Al fine di evitare un eccessivo intervento discrezionale dell'interprete si potrebbero individuare dei «*criteri oggettivi*» volti ad orientarne il giudizio⁶⁵¹, ad esempio ricorrendo alla disposizione di cui all'art. 339 c.p., oppure all'art. 612 comma 2 c.p., secondo cui tale qualificazione non dipende soltanto dalla gravità del «*danno*» minacciato⁶⁵², ma anche dalla idoneità della minaccia, desunta dall'insieme delle circostanze e dalle particolari condizioni dei soggetti attivo e passivo, a cagionare in quest'ultimo un turbamento psichico di particolare intensità⁶⁵³. La misurazione della gravità

dell'individuo, in, F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 234. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. V, 12 gennaio 2004, in *Mass. Uff.*, n. 227660.

⁶⁴⁸ Sul punto, cfr., E. SCAROINA, *op. cit.*, 274-275.

⁶⁴⁹ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6.

⁶⁵⁰ F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 9-10. L'A. suggeriva di rinunciare alla specificazione dell'aggettivo *de quo*, al fine di prediligere la caratterizzazione in termini di gravità o particolare intensità degli eventi della fattispecie in esame, conformemente a quanto accade in sede internazionale all'art. 1 CAT, dove si richiede che siano «*inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche*».

⁶⁵¹ I. MARCHI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 161.

⁶⁵² F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 156; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, 338.

⁶⁵³ La Suprema Corte di Cassazione ha precisato che la gravità deve essere desunta dall'insieme delle circostanze concrete nelle quali la minaccia è stata commessa e dalle condizioni

potrebbe avvenire, altresì, in relazione al parametro di intensità previsto per le lesioni *ex art.* 582 e ss., potendosi estendere tale ultimo indice anche alla condotta violenta, a differenza dei precedenti criteri.

Allo stesso tempo il requisito della gravità risulta decisamente pleonastico⁶⁵⁴ dato che le violenze e le minacce devono essere per forza «*gravi*» se volte a cagionare l'evento «*delle acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico*»⁶⁵⁵. Inoltre, tende a delimitare eccessivamente i contorni del delitto di tortura, lasciando impunte condotte che, pur apparentemente non gravi, possano cagionare forti sofferenze nei confronti dei soggetti passivi. Non si comprende, invero, la ragione per cui dovrebbe essere esclusa la sussistenza del reato in caso di traumi psichici verificati ed accertati che derivino da condotte non gravi. L'incidenza dell'agire umano sulla psiche della vittima può dipendere da una molteplicità di condizioni quali l'impressionabilità, la paura, il timore, le quali possono anche essere sollecitate da una pluralità di condotte minacciose che non siano connotate da gravità⁶⁵⁶ (art. 612, comma 1 c.p.)⁶⁵⁷.

particolari in cui si trovano i soggetti del delitto (Cass., Sez. 10 febbraio 2017, n. 32368, in *Dir e giust.*, 5 luglio 2017, (web) – <http://www.dirittoegiustizia.it>; Cass., Sez. VI, 16 giugno 2015, n. 35593, in *C.E.D.*, rv. 26434); tra tali circostanze assume rilievo l'entità del turbamento psichico che l'atto intimidatorio può determinare sul soggetto passivo (Cass., Sez. V, 29 maggio 2015, n. 44382, in *C.E.D.*, rv. 266055). È costante affermazione della giurisprudenza di legittimità, inoltre, che la gravità della minaccia, causa di aggravamento dell'ipotesi criminosa, non vada limitata alla consumazione della stessa nei modi indicati dall'art. 339 (che, in sé e per sé, determina la configurabilità dell'ipotesi aggravata, cfr. Cass., 30 gennaio 1986, in *Riv. pen.*, 1987, 369), ma anche quando, pur in mancanza delle modalità tipiche ivi previste, la minaccia si profili in termini di gravità secondo il prudente apprezzamento del giudicante (cfr. Cass., 23 gennaio 1986, n. 5617, in *Riv. pen.*, 1987, 369, secondo cui, in tema di minaccia, l'art. 612 comma secondo presume il danno grave quando concorrano le modalità stabilite nell'art. 339 (circostanze aggravanti), ma non esclude che la gravità possa scaturire anche da altri elementi).

⁶⁵⁴ *Contra*, S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1781. Secondo l'A., con riguardo alla minaccia «questa deve essere grave non potendosi integrare la fattispecie, dunque, con minacce non meno qualificate, ma soltanto con quelle connotate da gravità: il che appare ragionevole, visti anche i livelli sanzionatori».

⁶⁵⁵ «Sembra difficile che, accertato l'evento connotato in termine di acutezza degli effetti prodotti, si possa dire che le violenze o le minacce non fossero gravi». M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 234-235. Nello stesso senso, G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale*, cit., 12; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 161; S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1781.

⁶⁵⁶ A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 20-21.

⁶⁵⁷ *Contra*, E. SCAROINA, *op. cit.*, 276.

Infine, risulta poco chiaro se l'aggettivo *de quo* si riferisca unicamente alle minacce o anche alle modalità violente di esplicazione della tortura. Il dubbio nasce sia in relazione all'interpretazione convenzionalmente orientata della norma, sia in quanto, generalmente, all'interno delle fattispecie previste nella parte speciale del codice penale, è la minaccia ad essere affiancata da tale specificazione e non la violenza⁶⁵⁸. La stessa intenzione del legislatore storico non è chiara sul punto: talvolta sembra assodato che unicamente le minacce debbano essere gravi⁶⁵⁹, altre volte pare che tra i requisiti della fattispecie rientrino la gravità delle violenze e delle minacce⁶⁶⁰. Pur ritenendo preferibile quest'ultima interpretazione, peraltro condivisa anche da una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità⁶⁶¹, al fine trovare una possibile giustificazione con riguardo al primo orientamento e riportare a coerenza il sistema, si potrebbe sostenere che, mentre le violenze, anche non gravi, possano generare tanto acute sofferenze fisiche quanto un verificabile trauma psichico e che, pertanto, non appaia come necessario che le stesse siano connotate in termini di gravità (si pensi alla circostanza di lasciar cadere una singola goccia d'acqua, ad intervalli brevi ma regolari, sul capo del detenuto)⁶⁶², al contrario, secondo una massima di esperienza comune, solo minacce qualificate come gravi possono cagionare un verificabile trauma psichico.

L'affiancamento della violenza o minaccia utilizzando il plurale, costituisce una formulazione connotata da una scarsa conoscenza sia delle forme più moderne di tortura (e dei numerosi casi di cronaca che hanno evidenziato come

⁶⁵⁸ Sul punto v. S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1783.

⁶⁵⁹ Cfr., LL.PP., *Dossier*, n. 149/3, *Elementi per l'esame in Assemblea*, 23 giugno 2017, 2, dal quale emerge che «la condotta deve essere stata connotata da almeno uno dei seguenti elementi: violenze, minacce gravi, crudeltà», riferendosi la gravità solo alle minacce.

⁶⁶⁰ In tal senso, LL.PP., *Dossier*, n. 149/3, *Elementi per l'esame in Assemblea*, 23 giugno 2017, 2, laddove viene esplicitato che tra i requisiti della fattispecie rientrino la «gravità delle violenze e delle minacce», riferendosi l'attributo *de quo* ad entrambe le condotte. Nello stesso senso, LL.PP., *Dossier*, n. 285 del 21 giugno 2017, *Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, 3: «si valuti se la locuzione utilizzata ("violenze o minacce gravi"), consenta di riferire univocamente la gravità anche alle violenze».

⁶⁶¹ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, cit., par. 6.2.

⁶⁶² Quello indicato rappresenta un esempio di acuta sofferenza fisica, provocata da una violenza non grave. S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1781.

la tortura spesso venga commessa in un unico contesto spazio-temporale), sia della tecnica legislativa. Invero, il binomio in oggetto viene ravvisato nel codice sempre al singolare (basti pensare all'art. 628 o 629 c.p.), *«non perché si supponga che il comportamento debba necessariamente esaurirsi in un unico, singolo atto (come pure è possibile), ma solo perché la forma singolare è suscettibile di compendiare una pluralità di atti, tutti sussumibili nel contesto di un'unica condotta violenta. [...] Stringere il laccio al collo minacciando il soffocamento sarà poco; in fondo, una sola violenza e una sola minaccia»*⁶⁶³. Sembrerebbe, quindi, che l'ambito di applicazione della nuova norma non possa estendersi alle torture inflitte mediante un'unica azione⁶⁶⁴, derivandone, così, una notevole limitazione della fattispecie di reato⁶⁶⁵. Ciò stride non solo con la definizione fornita dalla CAT la quale, come è noto, si riferisce a *«qualsiasi atto»* e dalle altre Convenzioni internazionali *«che vietano il crimine in modo assoluto senza la possibilità di aggiungere altri elementi normativi che equivalgano a restrizioni o deroghe»*⁶⁶⁶. Mal si concilia anche con la giurisprudenza della CEDU⁶⁶⁷, con la nostra Carta costituzionale, che, all'art. 13 comma 4, reprime *«ogni violenza»*^{668 669} e con la realtà delle più diffuse

⁶⁶³ T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo*, cit., 30-31.

⁶⁶⁴ La *ratio* del plurale è da ravvisarsi nel palese intento di limitare gli spazi di applicazione della norma nell'attività delle forze di polizia, cercando di evitare che le stesse potessero essere esposte a denunce pretestuose. E. ZUCCA, *Chiamatela come volete*, cit., 73.

⁶⁶⁵ V. PUGLIESE, *Il recente reato di tortura*, cit., 61. A sostegno della necessaria pluralità di atti propendono sia indicazioni letterali previste nei commi successivi, ossia quando si rimanda *«ai fatti»* di cui al primo comma; sia i lavori preparatori, in particolare, Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, 660° seduta, 14.07.2016, 23 (relatore D'Ascola): *«La locuzione al plurale “violenze o minacce gravi” implica che non potrà mai ritenersi sussistente la tortura se vi è un unico atto. Gli atti devono essere plurimi, quindi non uno solo»*.

⁶⁶⁶ F. POCAR, *Reato di tortura*, cit., 8.

⁶⁶⁷ In questo senso, F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo*, cit., 324-325; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., p. 398. Si pensi alle pronunce della Corte di Strasburgo, *Gafgen c. Germania*, *Adam c. Slovacchia*, *Bouyid c. Belgio*, tutte accomunate dal fatto che anche un unico atto, laddove caratterizzato dagli elementi richiesti ai fini della violazione dell'art. 3 CEDU, si sia potuto qualificare come tortura.

⁶⁶⁸ *«La verità è che la tortura non si tara. La sua durata, al pari della gravità o crudeltà dell'atto di violenza, del carattere acuto della sofferenza provocata, della sua verificabilità, non possono pesarsi ex ante per legge, se non altro perché le pratiche di tortura sono perennemente cangianti e sempre più sofisticate: in questo campo d'esperienza, infatti, l'uomo rivela un'immaginazione che non conosce limiti. Ecco perché l'esserci o meno tortura non può che dipendere da una valutazione complessiva dei dati di causa (dalle circostanze di tempo e di luogo, a volte anche dall'età, dal sesso, dallo stato di salute della vittima): da qui la*

pratiche di tortura a livello internazionale⁶⁷⁰.

Al fine, tra l'altro, di valorizzare la pluralità di azioni, il legislatore nazionale ha inserito, altresì, il requisito della commissione del fatto mediante «*più condotte*», seppur in alternativa alla realizzazione del «*trattamento inumano e degradante*».

Quanto alla natura della fattispecie non vi è unanimità di vedute. Con riguardo alla violenza e minaccia, la norma *de qua* viene concepita come un reato necessariamente abituale, richiedendo una reiterazione delle condotte nel tempo⁶⁷¹ (risultando sufficienti almeno due azioni di violenze o minacce gravi,

difficoltà nel prevederne una configurazione materiale tipica». A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 398-399.

⁶⁶⁹ «Il termine “ogni” non lascia dubbi: devono essere punite anche singole violenze ed anche quelle che non provocano traumi psichici verificabili». G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 386. L'A. ravvisa «l'impossibilità di prevedere qualsivoglia “zona grigia”, eccezione o limite al divieto di tortura. “E' punita ogni violenza” significa, innanzitutto, questo: che non è possibile lasciare impunte alcune violenze. Nessuna possibilità di subordinare la procedibilità alla querela di parte, nessuna possibilità di stabilire l'irrilevanza penale di torture perché non abbastanza “gravi”, nessuna possibilità [...] di prevedere eccezioni al divieto». Nello stesso senso, A. BONOMI, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1, 2018, 10. Cfr., altresì, M. ORFINO, *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 395.

⁶⁷⁰ D. REJALI, *Torture and Democracy*, Princeton, 2007, 45 ss.

⁶⁷¹ Già precedentemente all'entrata in vigore della nuova normativa, l'opzione di ritenere configurabile il reato solo in caso di reiterazione era stata profondamente criticata nella già citata lettera del 26 giugno 2017 del Commissario per i diritti Umani del Consiglio d'Europa indirizzata al Parlamento, nonché nel *Report* del CPT (CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, Strasburgo, 8 settembre 2017, CPT/Inf (2017) 23, par. 7. e dalla lettera del Commissario Nils Muižnieks emergevano forti preoccupazioni in ordine alla fattispecie da introdurre nel nostro ordinamento, se non altro per la marcata discrepanza tra la formulazione proposta e quella delineata nella CAT e dalla giurisprudenza internazionale. Riportando le parole di Muižnieks: «Having had an opportunity to examine the provisions of the Bill, I would like to share with you some concerns regarding certain aspects of it, which appear to be at variance with the case-law of the ECtHR, the recommendations of the European Committee on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) and with the UN Convention on Torture (UNCAT). I note in particular that in the current draft, for torture to occur, multiple acts (*più condotte*) of serious violence or threats or cruelty may be required; torture might also be found when the behaviour in question amounts to inhuman and (*emphasis added*) degrading treatment. Furthermore, psychological torture is restricted to cases where psychological trauma is verifiable. Noting that the current draft appears to diverge from the definition of torture contained in Article 1 of UNCAT in other respects, too, I would like to convey to you my concern that serious discrepancies with that definition in domestic legislation

anche perpetrate in un lasso temporale ravvicinato)⁶⁷². Si tratterebbe, in particolare, di un reato abituale improprio, costituendo di per sé fatti di reato, tanto la minaccia quanto la violenza sulla persona.

Si recupera il disvalore penale del singolo atto, ravvisando secondo alcuni un reato istantaneo⁶⁷³, secondo altri un reato eventualmente abituale⁶⁷⁴, qualora entri in gioco un'unica azione crudele (si pensi alla tecnica del *waterboarding*) che comporti un trattamento inumano e degradante. Ecco che, in questo modo, si superano le sopra esposte obiezioni rivolte alla scelta del legislatore nazionale, recuperando la conformità agli obblighi sovranazionali e costituzionali di incriminazione⁶⁷⁵. Configurare il delitto come necessariamente abituale, in sintesi, restringerebbe notevolmente l'ambito di applicazione della norma, con ciò in gran parte «*frustrando le ragioni di politica criminale*» che hanno militato «*in favore della sua introduzione: un singolo episodio di tortura non varrebbe, infatti, ad integrare il reato, potendosi lo stesso perfezionare solo con il compimento di una pluralità di atti che devono avere carattere usuale e ripetitivo; il che raramente accade nella prassi*»^{676 677}.

might result in certain cases of torture or inhumane or degrading treatment or punishment remaining unaddressed and, therefore, create potential loopholes for impunity».

⁶⁷² «Non occorre che l'iter criminoso, come nei reati abituali, si presenti frammentato in più episodi separati, distinguibili tra loro in termini di tempo, luogo o altre circostanze». P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 226. In giurisprudenza, con riguardo al delitto di cui all'art. 612-bis, cfr., Cass., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588, in *Guida dir.*, 2017, 43, 80. Non deve esservi, in altri termini, «contestualità spazio-temporale». S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1785-1786.

⁶⁷³ C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 156.

⁶⁷⁴ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 161; A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 4; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 237; S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1783; E. SCARONA, *op. cit.*, 277 ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n.47079 cit., par. 6.1.

⁶⁷⁵ *Contra*, E. ZUCCA, *Chiamatela come volete*, cit., 74, secondo cui «l'alternativa soglia di punibilità, in caso di condotta unica, cioè il realizzarsi di un "trattamento inumano e degradante", non riconcilia la nozione con la definizione convenzionale ma ne segna altro distacco, nella sua funzione restrittiva».

⁶⁷⁶ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 36-37. L'A. definisce la tortura quale «reato istantaneo, al più ad effetti permanenti». Nello stesso senso, E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di tortura?*, cit., 367.

⁶⁷⁷ «Una simile impostazione dimostra la scarsa conoscenza delle forme più moderne di tortura e fa pensare che si sia colposamente ignorato come numerosi e deprecabili casi di cronaca abbiano ormai provato come la tortura, il più delle volte, sia commessa in un unico contesto spazio-temporale». I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 161

Il reato di cui all'art. 613-bis, come si è accennato, può essere commesso, altresì, «*agendo con crudeltà*». Si è visto in precedenza che tale azione possa esplicarsi in una pluralità di condotte ovvero comportare un trattamento inumano e degradante. Da questo punto di vista, il rischio di una carenza di determinatezza, già sottolineata con le precedenti nozioni di violenza e minaccia, si accentua⁶⁷⁸. Non v'è dubbio che la nozione di crudeltà sia nota al diritto penale, avendola il legislatore inserita come circostanza aggravante nell'art. 61 n. 4 c.p. Al fine di interpretare tale nozione⁶⁷⁹, non si può prescindere dal prendere in esame quanto statuito dalle Sezioni Unite della Cassazione⁶⁸⁰ le quali, pronunciandosi sul tema della compatibilità tra il dolo d'impeto e l'aggravante delle sevizie e crudeltà, hanno ravvisato il nucleo ontologico di quest'ultima in una duplice connotazione oggettiva⁶⁸¹ e soggettiva⁶⁸² (con prevalenza di quest'ultima al fine di stabilire la natura della circostanza)⁶⁸³. In particolare, viene definita come una «*condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, che deve essere oggetto di accertamento alla stregua delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo*»⁶⁸⁴. Trasponendo l'esito cui sono giunte le Sezioni Unite alla fattispecie

⁶⁷⁸ Sul punto cfr., G. FLORA, *Abuso dei pubblici poteri*, cit., 984. L'A., estremamente critico in relazione alla novella legislativa, pone alcuni interrogativi, tra cui «*l'agire con crudeltà deve connotare, colorare le condotte di violenza o minaccia, oppure ha una sua valenza autonoma e prescinde da più atti di violenza o minaccia?*». Cfr., altresì, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 20. L'A. ravvisa una sorta di complementarità tra le condotte di violenza e di minaccia con il concetto di crudeltà dell'agire. In particolare, i primi spiegherebbero «*l'intensità della condotta specifica, trovando una corrispondente spiegazione nell'altro, che illustra la qualità del genere*».

⁶⁷⁹ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.2.1.

⁶⁸⁰ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 40516, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc. 5, 604, con nota di P. VENEZIANI, *Dolo d'impeto ed aggravante sulla crudeltà*.

⁶⁸¹ La connotazione oggettiva dell'aggravante *de qua* emergerebbe proprio dall'inflizione di un patimento ultroneo rispetto a quanto necessario per cagionare l'evento del reato («*condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive*»).

⁶⁸² La connotazione soggettiva dell'aggravante in esame riguarda, invece, la particolare riprovevolezza della condotta del soggetto attivo («*esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole*»).

⁶⁸³ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 7.

⁶⁸⁴ «*Si richiede, quindi, all'interprete di identificare la condotta penalmente rilevante non solo analizzando le concrete modalità dell'azione, ma facendo anche ricorso ad un ragionamento*

in esame, spetta all'interprete verificare se, nel caso concreto, siano stati compiuti atti eccedenti rispetto a quelli sufficienti causalmente per commettere il reato, che determinino sofferenze aggiuntive ed esprimano un atteggiamento interiore particolarmente riprovevole⁶⁸⁵. Si assiste nuovamente⁶⁸⁶ ad una metamorfosi di una circostanza aggravante (art. 61 n. 4) in elemento costitutivo del reato, innalzandone il livello di perfezionamento⁶⁸⁷. L'evanescenza di tale nozione, seppur possa trovare una qualche giustificazione nel caso in cui operi nella veste di aggravante, non può essere tollerata nei casi in cui, come quello di specie, costituisca un elemento significativo della fattispecie⁶⁸⁸. Le si attribuisce, invero, un significato particolarmente vago, che rischia di compromettere l'effettiva capacità selettiva della fattispecie tipica rispetto alle condotte penalmente rilevanti attribuendo al giudice, altresì, notevoli margini di discrezionalità nell'individuazione delle condotte punibili, con chiara violazione del principio di determinatezza⁶⁸⁹. Pare arduo, invero, comprendere e definire in cosa possa consistere «l'eccesso» della condotta rispetto alla normalità causale, che seppur ben si possa conciliare con la costruzione della crudeltà come circostanza aggravante, difficilmente si può armonizzare con una sua trasformazione in elemento tipico, vista l'assenza «di un fatto base rispetto al quale misurare i patimenti "ulteriori" in cui la crudeltà dovrebbe

*indiziario, come strumento per l'indagine sull'atteggiamento interiore dell'agente, da cui desumere la necessaria efferatezza, insensibilità o gratuità delle sofferenze inferte». In dottrina, I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 162; cfr., altresì, C. INGRAO, *Tortura*, cit., 9. In giurisprudenza, cfr., Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 426 con nota di K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso ThissenKrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*.*

⁶⁸⁵ A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2116. Secondo l'A. non si richiede che il soggetto passivo «abbia effettivamente percepito la gratuita afflittività della condotta».

⁶⁸⁶ Analogamente accade, come visto, con riguardo all'art. 61 n. 5 in relazione alla «condizione di minorata difesa».

⁶⁸⁷ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 95.

⁶⁸⁸ Sul punto, cfr., C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 156. In senso analogo, cfr., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 235.

⁶⁸⁹ Cfr., A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 7; G. LANZA, *Verso l'introduzione*, cit., 12; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 8.

*consistere»*⁶⁹⁰.

Ulteriori problematicità emergono in relazione alla seconda parte della disposizione di cui all'art. 613-bis comma 1 c.p., la quale attribuisce rilievo al fatto commesso mediante «*più condotte*» ovvero comportante un «*trattamento inumano e degradante*»⁶⁹¹.

L'inciso «*se il fatto è commesso mediante più condotte*» costituisce uno dei molteplici «*punti oscuri*» della norma⁶⁹². La tecnica legislativa utilizzata è inadeguata poiché potrebbe far sorgere il dubbio che si tratti di una condizione obiettiva di punibilità⁶⁹³, ossia fatti da cui il legislatore fa dipendere la

⁶⁹⁰ Sul punto, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 236. Secondo l'A., «*non pare possibile apprezzare la crudeltà in termini di "eccesso" rispetto alla normalità causale, perché non c'è nulla di "normale" a cui possa accedere la crudeltà, che è essenza stessa del reato di tortura*». Per l'Autore tale modalità dell'azione rappresenterebbe «*un mero disvalore soggettivo, da esplicitarsi con modalità di azione capaci di esternarlo*». Nello stesso senso, cfr., P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 227, secondo cui «*la crudeltà non è un quid pluris che connota un'attività già di per sé lecita, bensì fonda essa stessa l'antigiuridicità del comportamento. Manca quindi un termine di raffronto per valutare la superfluità del patimento provocato dall'offeso, ovvero il superamento dei limiti della "normalità causale"*». Cfr., altresì, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 20. L'A. ravvisa l'elemento della crudeltà «*nell'assenza di ogni sentimento di pietà e umanità propri dell'uomo civile, rilevata da un modus agendi connotato da particolare insensibilità, spietatezza o efferatezza, a prescindere dall'afflittività percepita dal soggetto passivo*». Inoltre sottolinea la divergenza che intercorre tra l'utilizzo della locuzione «*con crudeltà*» e quella «*per crudeltà*» presente nell'art. 544-bis derubricato «*Uccisione di animali*». In quest'ultima fattispecie si è affermato, infatti, che l'elemento della crudeltà debba assumere rilievo solo come motivazione e non come modalità di azione. T. PADOVANI, *Nuove norme contro il maltrattamento di animali*, in *Leg. pen.*, 1994, 609, che, invece, osserva in senso contrario come la crudeltà debba riferirsi alla condotta, nel senso dell'inflizione di gravi sofferenze fisiche all'animale.

⁶⁹¹ LL.PP., *Dossier n. 149/3, Elementi per l'esame in Assemblea*, 23 giugno 2017, p. 3: «*dalla formulazione del testo pare che, pur in assenza di una pluralità di condotte, si perfezioni il reato di tortura qualora si sia determinato un trattamento inumano o degradante per la dignità della persona. In tale ultima ipotesi, per la contestazione del reato, si dovrebbe prescindere dalla pluralità delle condotte*».

⁶⁹² In tal senso, cfr., E. SCAROINA, *op. cit.*, 279.

⁶⁹³ Come sottolineato dalla dottrina, l'impossibilità di ravvisare una condizione obiettiva di punibilità nel caso di specie è dovuta al contrasto con il principio di colpevolezza che è compatibile solo con le c.d. condizioni obiettive di punibilità estrinseche, consistenti in elementi estranei al disvalore del fatto, «*mentre nel caso che ci occupa gli elementi descritti sono indicativi di un disvalore che impone la copertura dell'elemento soggettivo*». M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 233. Cfr., altresì, T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 31. Per un approfondimento dell'argomento, cfr., M. BINDA, A. AIMI, *Art. 44*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, 2016, 711; E. DI SALVO, *Sub art. 44*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2015, 320-342.

punibilità del reato, ancorché questi ultimi non siano voluti dall'autore⁶⁹⁴. Così non è, dato che ci si trova dinanzi ad un elemento costitutivo di fattispecie, «che in quanto tale deve rientrare nel “fuoco” del dolo»⁶⁹⁵ e che sarebbe già stato desumibile da un'attenta lettura delle condotte descritte nella prima parte della norma, laddove si fa riferimento alle «violenze o minacce gravi».

Altro aspetto *prima facie* non chiaro è dato, ancora, dall'ambito di estensione della fattispecie in parola con riguardo al carattere disgiuntivo o congiuntivo del trattamento inumano e di quello degradante per la dignità della persona. L'art. 613-bis comma 1 c.p. specifica che, ai fini della punibilità, il fatto debba comportare un «trattamento inumano e degradante», che rappresenta, tra l'altro, un *novum* per l'ordinamento penale nazionale⁶⁹⁶. Tale espressione pare, ad un primo esame, censurabile⁶⁹⁷, dal momento che tutte le Convenzioni internazionali, compreso l'art. 3 CEDU, si esprimono in maniera disgiuntiva, riferendosi ai trattamenti inumani «o» degradanti⁶⁹⁸. La richiesta parallela di ambedue i requisiti, differentemente rispetto quanto sancito a livello sovranazionale, in cui uno risulta sufficiente, restringe l'ambito della rilevanza penale della norma⁶⁹⁹. Infatti, basta che «il trattamento sia solo inumano ma non degradante (tenere sveglio uno sventurato, ad esempio), o viceversa, e il gioco sarà fatto: il fatto non è punibile»⁷⁰⁰. Probabilmente, se una *ratio* si vuole trovare, può essere ricercata nell'intenzione del legislatore di «portare verso l'alto la soglia di punibilità per il reato di tortura, escludendone

⁶⁹⁴ Analogamente, anche la locuzione «se il fatto [...] comporta un trattamento inumano e degradante» potrebbe suggerire l'inquadramento dei trattamenti nella categoria dogmatica della condizione obiettiva di punibilità, tuttavia, avendo ad oggetto l'offesa subita dal soggetto passivo del reato, non può non essere un elemento sul quale si incentra il disvalore penale del fatto. In tal senso A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 8.

⁶⁹⁵ C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (Reato di)*, cit., 875.

⁶⁹⁶ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 5.

⁶⁹⁷ *Contra*, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 21-22, secondo cui «va apprezzato il carattere congiunto, inumano e degradante la dignità umana, prescritto a tratteggiare il “trattamento”. L'enfasi ne rafforza l'identità».

⁶⁹⁸ F. POCAR, *Reato di tortura*, cit., 8. Secondo l'A. «una formula cumulativa costituisce una condizione ulteriore non ammessa dal diritto internazionale». V., altresì, E. ZUCCA, *Chiamatela come volete*, cit., 74.

⁶⁹⁹ In tal senso, U. NAZZARO, *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Riv. pen.*, 1/2018, 24; E. SCAROINA, *op. cit.*, 281.

⁷⁰⁰ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 32.

l'applicazione ai trattamenti "soltanto" degradanti»⁷⁰¹.

Bisogna chiedersi quali, tra le condotte in violazione dell'art. 3 CEDU, nell'alveo dell'ampia casistica elaborata dalla Corte di Strasburgo, possano rientrare nella definizione di tortura, accolta dall'ordinamento italiano. I requisiti richiesti hanno sollevato molteplici problemi interpretativi, sia con riguardo ai lavori preparatori⁷⁰² che alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha da sempre ravvisato «*un rapporto di continenza, oltre che di progressione scalare*»⁷⁰³, secondo una scala crescente di rimproverabilità, tra i trattamenti degradanti, distinti da quelli inumani, fino alla tortura⁷⁰⁴, quale espressione di massima violazione dei diritti inalienabili della vittima⁷⁰⁵. In base a quanto sopra esposto, infatti, emerge una spiccata tendenza a costruire una sorta di figura autonoma rispetto alla tortura, quella dei trattamenti inumani e degradanti appunto⁷⁰⁶. Non vi sono dubbi che il rinvio all'interno di una definizione di tortura, ad una nozione che nelle Convenzioni internazionali sui

⁷⁰¹ S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1766. L'A. sottolinea come l'operazione legislativa possa essere sì criticabile, ma non illegittima.

⁷⁰² Come sottolineato da E. SCAROINA, *op. cit.*, 280, probabilmente l'intento del legislatore era quello di utilizzare il verbo «*comporta*» come sinonimo di «*integra*», e la logica era quella di «*costruire come una sorta di autonoma figura, quella dei trattamenti disumani e degradanti*».

⁷⁰³ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 5; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 162.

⁷⁰⁴ Vedi sul punto CoE, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, 19 novembre 1969 (Appl. N. 3321-3323.67 e 3344/67), in 12 Y.B. of ECHR, 1970, pp. 60 ss.; CEDU, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, Appl. n. 5310/71. Per un approfondimento vedi anche D. WEISSBRODT, C. HEILMAN, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in 29 *Law and Ineq.*, 2011, 343 ss.

⁷⁰⁵ Sintetizzando al massimo la posizione dei Giudici di Strasburgo sul tema in questione, il livello minimo delle suddette soglie di sofferenza è rappresentato dal trattamento degradante quando esso sia tale da suscitare nella vittima sentimenti di paura, di angoscia e di inferiorità, tali da umiliarla ed avvilirla; ad esso segue uno stadio intermedio rappresentato dal trattamento inumano, che richiede sia cagionata alla vittima una sofferenza fisica o psichica di particolare intensità; si culmina, infine, nella tortura propriamente intesa, consistente nell'inflizione di sofferenze forti e crudeli: un maltrattamento insensato e brutale, tale da meritare autonoma considerazione. Cfr., P. DE FRANCESCHI, *Divieto di tortura*, cit., 4 ss; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 200; M. PALMA, *Igiene linguistica: cos'è tortura, cos'è trattamento inumano e degradante*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg, carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Roma, 2013, 175; L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del delitto penale e crimini contro l'umanità*, in *Discrimen*, 28 luglio 2018, 11.

⁷⁰⁶ Cfr., Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., 2.4. Questa recente sentenza mostra come la Corte di cassazione abbia fatto riferimento alla giurisprudenza convenzionale nell'interpretazione dei due aggettivi, avendo distinto tra tortura da un lato e trattamento inumano e/o degradante dall'altro e non ignorando il rapporto di progressione scalare e di continenza tra le stesse esistente. Sul punto, v. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., par. 8.

diritti umani assume un significato distinto dalla stessa, possa ingenerare confusione⁷⁰⁷. Invero, a parere di chi scrive, fondere all'interno di un'unica norma figure che a livello sovranazionale sono ritenute distinte e produttrici di obblighi divergenti, appare non solo irragionevole⁷⁰⁸, ma rappresenta anche un chiaro esempio di «*superfetazione legislativa*»⁷⁰⁹. Il riferimento ai trattamenti inumani e degradanti ben poteva essere omesso dal momento che non gli si può attribuire l'eguale carica stigmatizzante del *nomen* tortura. Avendo così operato, il legislatore nazionale si è imbattuto, quindi, non solo nel paradosso di elevare alla soglia di tortura ciò che convenzionalmente non è, bensì ha ingenerato le condizioni per punire con livelli sanzionatori «*dolomitici*»⁷¹⁰ condotte anche di gravità decisamente inferiore⁷¹¹. «*Come è possibile che il minus possa condizionare il plus sembra un mistero*»⁷¹². Da questo punto di vista, la tipizzazione del delitto di cui all'art. 613-bis c.p. mediante il riferimento a condotte connotate da una progressione scalare può condurre ad un'eccessiva dilatazione dei confini della fattispecie, includendo nell'ambito applicativo della norma condotte non meritevoli di essere punite come tortura⁷¹³. Ciò ingenererebbe dei risultati paradossali. Basti pensare ad un

⁷⁰⁷ A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. internazionale*, 2018, fasc. 1, 131 ss.

⁷⁰⁸ Analogamente critici, A. COLELLA, *La repressione*, cit., 34; 39; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 241; M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., 310; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 9-10.

⁷⁰⁹ Tale espressione è utilizzata da M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 239.

⁷¹⁰ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 406.

⁷¹¹ Tale opzione legislativa porta con sé un grande rischio, ossia quello di «*banalizzazione della tortura, etichetta che diventa suscettibile di essere applicata anche a fatti di non eclatante severità, perdendo tanto così la sua "abilità di sconvolgere e disgustare" i consociati, quanto quella di indurre la "disapprovazione universale" nella comunità internazionale*». In tal senso, P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 242. Cfr., altresì, M. STRAUSS, *Torture*, in *New York Law School Law review*, vol. 48, 2003, 215.

⁷¹² T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 32. Nello stesso senso, A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, C. ZUCCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2117, secondo il quale è abbastanza arbitrario far discendere la punibilità della tortura dal trattamento inumano e degradante che richiama una condotta di minore gravità.

⁷¹³ F. VIGANÒ, *Sui Progetti di introduzione*, cit., 9-10. L'A. evidenzia, mediante un esempio, come non tutti i trattamenti contrari all'art. 3 CEDU costituiscano tortura e meritino di essere puniti come tali. Si pensi alla condotta volta a collocare un detenuto in una cella sovraffollata, che viene annoverata dalla Corte di Strasburgo quale trattamento inumano e degradante alla dignità umana. Qualora il direttore del carcere e gli agenti penitenziari indirizzino, pertanto, un detenuto in una cella di ampiezza inferiore alla soglia ritenuta idonea dalla Corte di Strasburgo

recente caso sottoposto all'attenzione della Corte EDU in cui i ricorrenti, diciannove cittadini ucraini, lamentavano di essere stati vittime di numerose violazioni dei propri diritti in seguito a una spedizione anti-Rom organizzata da privati cittadini per spingere tutti gli abitanti del quartiere in cui abitavano ad andare via dalla città. In particolare, i rom di origine ucraina lamentavano la violazione, da parte delle autorità ucraine, dell'obbligo di garantire la loro protezione contro i trattamenti inumani e degradanti inflitti da parte della popolazione locale e consistiti nella distruzione delle loro case, in violazione dell'art. 3 Cedu⁷¹⁴. I Giudici di Strasburgo hanno accolto il ricorso precisando che l'acquiescenza e la connivenza delle autorità in relazione a atti di violenza commessi da privati cittadini possano senz'altro determinare la responsabilità dello Stato interessato ai sensi della Convenzione, giungendo alla conclusione che l'art. 3 CEDU ben possa trovare applicazione nell'ambito del danneggiamento di proprietà, ravvisando nella passività delle forze di polizia e nella sofferenza causata dalla distruzione delle abitazioni un trattamento degradante. Ciò sorprende e desta perplessità soprattutto nel caso in cui una tale situazione si verificasse nel nostro ordinamento in quanto si potrebbe applicare la fattispecie di cui all'art. 613-bis c.p., con le rispettive pene elevate, in un mero contesto di danneggiamento della proprietà.

Come accade con riferimento a gran parte degli elementi costitutivi della fattispecie in oggetto, anche i due aggettivi che connotano i *mistreatments* si permeano di indeterminatezza. Si tratta, invero, di concetti che si ritengono colmabili dalla giurisprudenza di Strasburgo⁷¹⁵ solo parzialmente ed a seconda del caso concreto; giurisprudenza che ha, peraltro, messo in luce la scarsa

ad integrare trattamenti inumani e degradanti, potrebbero rispondere del reato di tortura. «*Il che sarebbe semplicemente assurdo, non potendosi scaricare sugli operatori carcerari la responsabilità per una situazione sistemica di sovraffollamento, che spetta invece ai massimi livelli del potere esecutivo e legislativo gestire, attraverso l'individuazione degli opportuni rimedi a salvaguardia dei diritti fondamentali dei detenuti*».

⁷¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2018, *Burlya e altri c. Ucraina*, ric. n. 3289/2010. A. FARINA, V. VASTA, *Monitoraggio Corte Edu novembre 2018. Rassegna di sentenze e decisioni della Corte EDU rilevanti in materia penale sostanziale e processuale*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 febbraio 2019.

⁷¹⁵ Sul tema cfr., A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 39.

capacità di questi elementi di garantire una soglia di offensività sufficientemente definita, in ragione della loro notevole elasticità⁷¹⁶.

L'indeterminatezza si accentua se si tiene in considerazione la circostanza che, spesso e volentieri, i Giudici di Strasburgo utilizzano i due termini in maniera analoga, come se si trattasse di un'endiadi⁷¹⁷, facendone perdere l'autonomia concettuale. La stessa Corte EDU afferma l'impossibilità di individuare rigide definizioni data la variabilità, caso per caso, ed a seconda dell'epoca storica, di tali concetti⁷¹⁸. Proprio per le su esposte ragioni, molti autori si interrogano sulla questione se il legislatore nazionale sia legittimato ed in quale misura a rinviare in modo quasi automatico alla nozione di trattamenti inumani e degradanti, così come interpretata da Strasburgo. Chi scrive ritiene problematica, infatti, l'automatica trasposizione nell'ambito della legislazione penale interna della definizione concepita in sede sovranazionale. Ricercare una definizione in astratto di ciò che costituisce un trattamento inumano e degradante per vietarla con una normativa nazionale richiederebbe un notevole grado di precisione incompatibile con l'ampia casistica volta ad integrare la nozione di tali *mistreatment*⁷¹⁹. Il rischio che si palesa è quello di costruire una

⁷¹⁶ J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 47; 70-71;149. Gli autori sottolineano come i redattori della CAT non avessero inserito tale tipologia di trattamenti nell'art. 1, poiché giudicati inadatti ad essere descritti in maniera sufficientemente precisa.

⁷¹⁷ Cfr., A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ, (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 67; P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 68.

⁷¹⁸ Certe condotte classificate in passato come trattamenti inumani e degradanti, in opposizione alla tortura, potranno essere qualificate in maniera divergente in futuro. Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/1994. La giurisprudenza di Strasburgo più recente, infatti, adotta indirizzi più flessibili, confermando come il confine (forse impossibile) tra tortura e trattamenti inumani o degradanti non sia comunque per nulla netto. Nella pronuncia menzionata, la Grande Camera ha precisato «che l'asticella della soglia del dolore è necessariamente dinamica, essendo legata agli standard europei di tutela dei diritti fondamentali: aderendo a questa impostazione, oggi la tortura abbraccia anche i trattamenti inumani o degradanti». Cfr., in tal senso, L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura*, cit., 12.

⁷¹⁹ Rientrano in tale eterogeneo contenitore, lo stupro (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, ric. n. 23178/94, par. 83, Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, n.39272/98, parr. 149-153), gli atti di bullismo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 luglio 2012, *Dordević c. Croazia*, ric. n. 41526/10) l'assenza di una dieta adeguata alle esigenze mediche (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2004, *Ilașcu e altri c. Repubblica di Moldova e Russia*, ric. n. 48787/99, par 438 e 451), la

nozione dai contorni indefiniti che, in quanto tale, confliggerebbe con l'articolo 7 CEDU (principio della prevedibilità in concreto) per «*l'indeterminatezza dei comportamenti passibili di sanzione*»⁷²⁰.

Altro rilievo critico che si può muovere nei riguardi del binomio utilizzato, attiene al suo corretto inquadramento giuridico. Invero, più che connotare la condotta, i trattamenti inumani e degradanti sembrano collocarsi sul piano dell'evento. Infatti, riferendo il predicato «*comporta*» al «*fatto*», si finisce per ravvisare una tortura consumata anche qualora dalla condotta reiterata di violenze o minacce (o da quella commessa con crudeltà) derivi anche un solo trattamento inumano e degradante⁷²¹. Se è vero, però, che «*nel più sta il meno*», l'interpretazione volta a ravvisare quest'ultimo elemento costitutivo come un evento che si aggiunge alle «*acute sofferenze fisiche*» e al «*verificabile trauma psichico*» pare irragionevole, risultando difficile ipotizzare situazioni in cui il fatto di cui al comma 1 non «*comporti*» di per sé anche un trattamento inumano e degradante⁷²². Sotto tale profilo, la norma rischia nuovamente di collidere con il canone costituzionale di precisione e necessita di una esegesi correttiva tale per cui l'*ill-treatment* deve intendersi come «*una nota modale della condotta e non come un evento del reato, elemento quest'ultimo, integrato solo dalle acute sofferenze fisiche o, in*

sottoposizione del detenuto non fumatore al fumo passivo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, *Mozer c. Repubblica di Moldova e Russia*, ric. n. 11138/10, parr.180-182), l'infliczione di uno schiaffo, da parte di un poliziotto, ad un soggetto minore in stato di fermo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, ric. n. 23380/09).

⁷²⁰ R. CHENAL, *Trattamenti inumani e degradanti nella prospettiva della centralità dei diritti fondamentali*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 252.

⁷²¹ Tale ricostruzione della norma evidenzia nuovamente un contrasto con i criteri associati dalla giurisprudenza della Corte Edu, che, fin dal caso *Ireland vs. United Kingdom* del 1978, ha escluso che la tortura potesse consistere in meri trattamenti inumani e degradanti. Nello stesso senso, cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan vs. Turkey*, nr. 22277/1993, par. 85: "[...] in determining whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of this distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering".

⁷²² E. SCARONA, *op. cit.*, 280

*alternativa, dal trauma psichico»*⁷²³. Non si deve, infatti, confondere il trattamento inumano e degradante con la condotta che comporti una tale tipologia di trattamento in violazione della dignità umana. In altri termini, l'art. 613-bis non richiede che la condotta si estrinsechi in un trattamento avente quelle caratteristiche: la condotta, infatti, può consistere anche nel compimento di un atto legittimo (provvedimento dell'autorità, un ordine di servizio)⁷²⁴. La connotazione di trattamento inumano e degradante «*deve averla la conseguenza di quell'atto o comportamento: è l'effetto che esso produce a doversi qualificare in quei termini*»⁷²⁵.

A parere di chi scrive, la soluzione ottimale sarebbe stata quella, già ravvisata in molti disegni di legge, di collocare le condotte di trattamenti inumani e degradanti in una norma a sé stante^{726 727}, connotata da un trattamento

⁷²³ C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (reato di)*, cit., 876.

⁷²⁴ Come è noto, in presenza di certe condizioni l'utilizzo della forza da parte delle pubbliche autorità è legittimo. Si pensi alla limitazione della libertà personale derivante dal regime carcerario *ex art. 41-bis* della legge sull'ordinamento penitenziario. Tale restrizione nella libertà personale non costituisce di per sé un trattamento inumano o degradante, nell'ottica di una tutela della società in generale. E' il mantenere in stato di detenzione in carcere di un soggetto incompatibile per ragioni di salute con il regime restrittivo che genera un trattamento inumano e lesivo della dignità della persona, in quanto degradante e come tale, contrario alla Convenzione Europea dei diritti umani e alla nostra Costituzione, che tutela la dignità, come valore non bilanciabile con nessun altro, oltre che la salute. V., Cass., Sez.I, 22 marzo 2017, n. 27766, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 3, 370 con nota di G. MUGNAI, *Differimento della pena per grave infermità e principi costituzionali*. Sul mantenimento in stato di detenzione di una persona malata, v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 50550/06; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan c. Turchia*, ric. n.22277/93, par. 87; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2000, *Gennadi Naumenko c. Ucraina*, ric. n. 42023/98, par. 112. Si pensi, altresì, all'assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere i cibi divieto, tra l'altro, recentemente rimosso dalla Corte costituzionale, in quanto «*privo di ragionevole giustificazione*», «*incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive*» del regime differenziato e, in definitiva, «*in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario dotata di valenza meramente e ulteriormente afflittiva*». Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 ottobre 2018, con nota di G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*.

⁷²⁵ S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1786.

⁷²⁶ Contra, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 39. Secondo l'A. «*l'introduzione di una fattispecie ad hoc comporterebbe rilevanti problemi applicativi in relazione ai suoi rapporti con la norma repressiva della tortura, da un lato, e con le fattispecie di percosse, lesioni, violenza privata, e abuso di autorità contro arrestati e detenuti, dall'altro*».

⁷²⁷ E' bene precisare che l'art. 3 CEDU e gli obblighi di criminalizzazione che ne discendono non implicano necessariamente l'introduzione di una fattispecie di trattamento inumano e

sanzionatorio inferiore rispetto a quanto previsto dall'art. 613-*bis* c.p.⁷²⁸, ovvero, viste le ambiguità definitorie dei due aggettivi anche in sede sovranazionale, non menzionarli e reprimerli in base alle fattispecie già presenti nel codice penale vigente⁷²⁹. In assenza di un intervento in tal senso, non si potrà far altro che prendere atto di come sia, ancora una volta, attribuito all'interprete l'arduo compito di individuare i limiti della tipicità penale, invadendo, così, l'area di competenza del legislatore, in violazione del principio di legalità. Quanto prospettato, quindi, rappresenta un groviglio di proposte interpretative reso quasi inevitabile «*dall'anarchia semantica della Novella*»⁷³⁰.

8.1. Il *caveat* della condotta omissiva

Fortemente discusso è il tema della condotta omissiva, ossia se essa possa integrare la fattispecie in esame ed in particolare se la privazione di cibo, di acqua, così come tutte quelle forme di tortura consistenti in un *non facere* nei confronti del soggetto passivo del reato⁷³¹, possano o meno sfuggire

degradante. Si v., in materia di Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU) l'approccio agli obblighi di criminalizzazione della Corte Edu nella sentenza 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, par. 141 e 142.

⁷²⁸ Si pensi alla già citata specifica sezione «*Della tortura e degli altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti*» che sarebbe stato opportuno inserire nel nostro codice penale, al fine di garantire una migliore collocazione di una eventuale fattispecie concernente tali trattamenti che inducono nella vittima sofferenze di minore intensità rispetto a quelle legate alla nozione di tortura, conformemente a quanto accaduto in relazione ad altre legislazioni penali europee. V., *supra*, par. 5. e, in ottica comparatistica, v., *infra* cap. 3.

⁷²⁹ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 39. Nello stesso senso, E. SCAROINA, *op. cit.*, 281. La tutela positiva offerta dal diritto penale deve essere effettiva al punto da dissuadere gli agenti dello Stato ed i soggetti privati dal compiere atti che ledano il disposto convenzionale. Nulla vieta che tale tutela avvenga mediante una pluralità di norme tese a disciplinare in maniera divergente le molteplici condotte suscettibili di ledere la dignità umana tutelata dall'art. 3 CEDU. Molteplici sono le fattispecie vigenti nell'ordinamento interno volte a tutelare, di fatto, il soggetto passivo contro comportamenti integranti trattamenti inumani e degradanti: si pensi ai delitti di percosse ex art. 581, lesioni (art. 582 c.p.), maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 582 c.p.), quelli di violenza sessuale (art. 609- *bis* e ss c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), o minaccia (art. 612 c.p.) e infine i delitti a tutela della libertà personale di cui agli artt. 606-609, che puniscono rispettivamente l'arresto illegale, l'indebita limitazione della libertà personale e l'abuso di autorità contro arrestati e detenuti.

⁷³⁰ P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 406.

⁷³¹ Alcuni autori, *ex multis*, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura. Prove di oggettivismo penale*, cit., 21; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 156; E. SCAROINA, *op. cit.*,

all'impianto sanzionatorio previsto dalla norma *de qua*. Volgendo lo sguardo al panorama sovranazionale, dall'analisi dell'art. 1 CAT⁷³² e della giurisprudenza alsaziana⁷³³ oltre che delle pronunce dei tribunali *ad hoc*⁷³⁴, emergerebbe una nozione di tortura omnicomprensiva di condotte non solo attive, bensì anche omissive. In particolare, il riferimento, nell'art. 1 della Convenzione ONU, all'inflizione delle sofferenze perpetrata «*con qualsiasi atto*», viene interpretato in maniera estensiva fino a ricomprendere atti di tortura inferti mediante omissioni; ma una norma internazionale «*può permettersi questo lusso*»⁷³⁵, a differenza di una norma penale di diritto interno. Con riguardo al reato di tortura, in sede di prima approvazione della Camera, il testo dell'art. 613-bis c.p. non destava dubbi in quanto prevedeva esplicitamente la possibilità di commettere il delitto anche in forma omissiva⁷³⁶; tuttavia, in sede di versione definitiva della legge, tale modalità di estrinsecazione della condotta veniva eliminata, facendo sorgere, così, l'interrogativo se fosse possibile ravvisare una posizione di garanzia in capo al soggetto agente e ritenere configurabile la tortura come un reato omissivo improprio *ex art. 40 comma 2 c.p.*. Al fine di trovare una soluzione, la dottrina si è interrogata (e si interroga tuttora) sul punto senza giungere, però, ad una netta presa di posizione. La tesi a sfavore della rilevanza della condotta omissiva⁷³⁷ muove da un dato letterale, ossia

281, ritengono che la privazione del sonno sia ricompresa tra le condotte omissive. In realtà, a parere di chi scrive, in accordo con autorevole dottrina (P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 21), pare opportuno precisare in questa sede come la privazione del sonno implichi un agire del soggetto agente, mediante l'interruzione, l'impedimento ovvero il disturbo del sonno.

⁷³² J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *op.cit.*, 118.

⁷³³ *The Greek Case: Report of the Commission: Application No. 3321/67 - Denmark v. Greece* [...], vol. 2, parte 2, 5 novembre 1969, *ECHR Yearbook* 12, 1969, 449-500; Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 giugno 2001, *Dougoz v. Greece*, ric. n. 40907/98, par. 46.

⁷³⁴ Tribunale penale per la ex Jugoslavia, *Brđanin*, TC, 1 settembre 2004, par. 481, punto 1; Tribunale penale per la ex Jugoslavia, *Delalić*, 16 novembre 1998, par. 470.

⁷³⁵ L'espressione è stata utilizzata da A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 35. Come è stato sottolineato, in relazione ad una norma internazionale è possibile effettuare una «*descrizione meno rigorosa del precetto penale*», poiché da essa «*non discende alcun effetto diretto e pregiudizievole per gli individui*», a differenza di quanto accade in relazione agli elementi costitutivi di una fattispecie prevista dall'ordinamento statale.

⁷³⁶ Il riferimento è al D.d.l. n. 2168 approvato alla Camera il 9 aprile 2015, il quale prevedeva la possibilità di commettere il reato mediante la «*violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza*».

⁷³⁷ Attribuiscono irrilevanza alla condotta omissiva, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 8; E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento*, cit., 369; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G.

dalla descrizione della condotta in termini di «*violenze o minacce*» o di «*agire*» con crudeltà, che sembrano richiedere necessariamente una condotta attiva⁷³⁸. L'assenza di tutela in caso di condotte omissive desta, però, molteplici dubbi sia in quanto le pratiche di tortura non si manifestano unicamente mediante condotte attive; sia poiché, come è stato correttamente rilevato⁷³⁹, si giungerebbe all'esito paradossale di reprimere penalmente la condotta del soggetto agente che minacci la privazione al detenuto di cibo o acqua, e non colui che privi concretamente quest'ultimo dei viveri.

In una prospettiva *de lege ferenda*, si è cercato di valorizzare il rapporto qualificato tra il torturatore e la sua vittima, di cui al comma secondo della norma, ma anche in relazione al primo comma nella parte in cui emerge il peculiare rapporto tra il reo e il soggetto passivo, quale persona affidata alla sua «*custodia, potestà vigilanza, controllo, cura assistenza*». Ciò al fine di far emergere posizioni di garanzia generatrici di particolari obblighi di tutela e tali da rendere possibile, ai sensi dell'art. 40 c.2 c.p., l'estensione dell'ambito oggettivo di operatività della fattispecie anche alle omissioni⁷⁴⁰.

Si potrebbe pensare di interpretare in maniera meno rigida il termine «*agire con crudeltà*», in modo tale ricomprendervi un generale atteggiamento connotato da «*disumana ferocia*», perpetrato indistintamente mediante un'azione ovvero un'omissione, alla stregua di una fattispecie a forma libera⁷⁴¹, oltre ad effettuare opportune precisazioni anche con riguardo alla nozione di violenza e minaccia. Sebbene alcuni autori non ritengano configurabile una violenza in forma omissiva⁷⁴², ad avviso di chi scrive sarebbe possibile

FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2117; *contra* V., A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 35-36; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 13.

⁷³⁸ In riferimento all' «*agire con crudeltà*», si segnala, tuttavia, che non può essere d'ausilio la giurisprudenza né di legittimità né di merito, in quanto mai pronunciata in relazione all'aggravante di cui all'art. 61, n. 4 c.p. con riguardo ad ipotesi omissive.

⁷³⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 228.

⁷⁴⁰ C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 156

⁷⁴¹ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 239.

⁷⁴² Soprattutto con riguardo alla violenza, parte della dottrina ne esclude la configurabilità in termini omissivi, identificandola come «*forza che modifica la realtà, che interviene nel corso*

ricomprendere nella categoria della violenza personale impropria le condotte di *non facere* sopra indicate⁷⁴³ categoria che, come è noto, abbraccia «*la serie dei più moderni e subdoli comportamenti violenti, non riconducibili ai tradizionali concetti di violenza fisica e minaccia, ma pur sempre caratterizzati dall'effetto psicologico della coazione della volontà: con lo spostamento del concetto di violenza dal "mezzo" usato al "risultato" coattivo ottenuto*»⁷⁴⁴.

La stessa condotta dell'agente penitenziario o del genitore che privino, rispettivamente, il detenuto ed il figlio dei beni essenziali per vivere, può essere analizzata non necessariamente dal punto di vista della violenza, bensì sotto l'angolo della visuale della minaccia, acquisendo, per tale via, rilevanza penale^{745 746}. La minaccia non deve necessariamente estrinsecarsi in una manifestazione verbale, ma può presentarsi in vari modi, determinata o indeterminata, esplicita o implicita, diretta o indiretta, reale o simbolica, palese o larvata, orale o scritta; per essere rilevante, però, deve essere idonea ad incutere timore, prospettando un male futuro ed ingiusto, oltre a coartare la volontà del soggetto passivo, «*in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa opera*»⁷⁴⁷. Pare evidente come l'assenza di viveri nei confronti del detenuto o del figlio a causa della condotta omissiva tenuta da chi ha un obbligo giuridico di tutelarne la vita o la salute rappresenti proprio la minaccia di un male ingiusto e futuro in quanto si prospetta

delle cose, creando una nuova relazione di potere intersubiettiva». Cfr., F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 276-277.

⁷⁴³ Circa la configurabilità della violenza mediante omissione, purché sussista in capo al soggetto agente l'obbligo giuridico di attivarsi, cfr., G. DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, cit., 907.

⁷⁴⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 273. Cfr., altresì, T. PADOVANI, *Quel progetto*, cit., 6-7. L'A. ipotizza che alcune condotte, tra le quali la privazione di cibo, potrebbero rientrare nella violenza impropria. Con riguardo ad una nozione particolarmente «*spiritualizzata*» di violenza ed alla sua evoluzione in senso «*psicologico*», cfr., A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 155 ss.

⁷⁴⁵ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 277.

⁷⁴⁶ Tra le voci critiche sulla possibilità di configurare una minaccia mediante omissione, cfr., G. L. GATTA, *La minaccia*, cit., 174.

⁷⁴⁷ In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 7 settembre 2013, n. 16397, in *Dir. e giust. (web)* – <http://www.dirittoegiustizia.it>; Cass., Sez. II, 25 novembre 2010, in *C.E.D.*, rv 249183; Cass., Sez. II, 16 giugno 2004, n. 37526, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 516.

implicitamente al soggetto passivo che il reo continuerà a non alimentarlo⁷⁴⁸.

Infine, le espressioni «*più condotte*» ed in alternativa il «*trattamento disumano e degradante la dignità umana*» (quest'ultima soprattutto sulla scia dell'interpretazione data dalla giurisprudenza di Strasburgo in relazione all'art. 3 CEDU) conducono all'interno della sfera di punibilità sia la condotta attiva che quella omissiva, strutturandola «*mediante l'alternativa che abbraccia sia l'unico atto/l'unica omissione, sia la pluralità di atti/omissioni*»⁷⁴⁹.

Quanto sopra esposto pare sufficiente per non indugiare ulteriormente sul punto, potendo il reato di tortura essere commesso anche nella forma omissiva; tuttavia non si può nascondere che sarebbe stata più opportuna una espressa previsione della punibilità della condotta omissiva, al fine di evitare vuoti di tutela ed, al contempo, di ricorrere alla vietata lettura analogica in *malam partem*⁷⁵⁰.

9.L'evento del reato

Come già precisato⁷⁵¹, il delitto è strutturato come un reato di evento, cagionando la condotta «*acute sofferenze fisiche*» ovvero «*un verificabile trauma psichico*»⁷⁵². Entrambi gli eventi consentono di ricondurre nell'alveo della punibilità del delitto di tortura solo quelle azioni particolarmente violente e deprecabili⁷⁵³, tracciando distinte soglie di rilevanza penale per la sofferenza fisica e per quella psichica. Da questo punto di vista, non vi è una grande divergenza rispetto a quanto previsto nell'art. 1 della Convenzione ONU, il quale fa riferimento a «*dolori o sofferenze acute, fisiche o mentali*».

La Novella ha, quindi, introdotto due eventi alternativi non coincidenti,

⁷⁴⁸ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 277. In senso analogo, E. SCAROINA, *op. cit.*, 282.

⁷⁴⁹ D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 21; S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 9. V., altresì, P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op.cit.*, 406.

⁷⁵⁰ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 35; M. PASSIONE, *Il reato che non c'è*, cit., 47.

⁷⁵¹ V., *supra*, par.8.

⁷⁵² Le ultime due precedenti versioni del d.d.l. individuavano una divergente formulazione, più somigliante alla definizione presente in sede internazionale, in termini di «*acute sofferenze fisiche o psichiche*», tuttavia fortemente criticata dalla dottrina. Cfr., I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 10 ss.; A. MARCHESI, *Implementing the UN*, cit., 207 ss.

⁷⁵³ I. MARCHI, *Delitto di tortura*, cit., 163; S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 8.

peraltro, con la nozione di lesioni personali, poiché la produzione di queste ultime è stata espressamente presa in considerazione nella disciplina individuata dal comma quarto⁷⁵⁴ dell'art. 613-bis c.p., quale circostanza aggravante⁷⁵⁵. Entrambe le espressioni utilizzate, invero, si attestano al di sotto della soglia richiesta dalla giurisprudenza di legittimità per attingere al livello delle lesioni consentendo, così alla neo introdotta fattispecie di sussumere anche le più insidiose forme di tortura *no-touch* o comunque improduttive di vere e proprie patologie.

Con specifico riferimento al primo evento, si può subito notare come l'utilizzo dell'aggettivo «*acute*» risulti connotato da una certa indeterminatezza, evocando una particolare tipologia di intensità, «*che è problematico commisurare a parametri definiti*»⁷⁵⁶. Si tratta, invero, di un termine atecnico, connotato da una scarsa capacità selettiva⁷⁵⁷, impiegato per limitare il perimetro di operatività della fattispecie, al fine di evitare di punire a titolo di tortura meri trattamenti inumani e degradanti^{758 759}. Implica, pertanto, un

⁷⁵⁴M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 240; E. SCAROINA, *op. cit.*, 270.

⁷⁵⁵Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., 2.2.3: «*d'altra parte, se la condizione per la punizione del reato di tortura fosse quella dell'evidenza delle conseguenze fisiche sul corpo della vittima, resterebbero fuori dalla tutela penale tutte quelle condotte foriere di sofferenze fisiche acute, ma che non lasciano segni sul corpo di chi le subisce*».

⁷⁵⁶C. D. LEOTTA, Voce *Tortura (reato di)*, cit., 875; T. PADOVANI, *Tortura: Adempimento apparentemente tardivo*, cit., 30. Quest'ultimo autore traduce il termine inglese «*severe*» con l'aggettivo «*forti*», anziché «*acute*» e raffronta la norma nazionale con quella sovranazionale evidenziando come l'attributo *de quo* correlato alle sofferenze, a differenza dell'attributo «*acute*», «*possa emergere con relativa facilità dalla natura dell'organo colpito, o dall'estensione che esse assumono, o dagli strumenti con cui sono inflitte*». A modesto parere di chi scrive, anche il termine «*forti*», (che, peraltro, mai compare nel codice penale), se inserito nell'art. 613-bis c.p., risulterebbe sempre in frizione con l'art. 25 comma 2 Cost. E' bene precisare che gli autori che, invece, traducono il termine «*severe*» contenuto nell'art. 1 CAT con l'espressione «*acute*», rilevano una puntuale corrispondenza con il gergo della fonte pattizia. Cfr., P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 402; A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6; A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 354; E. LA ROSA, *E' giunto finalmente il momento*, cit., 368.

⁷⁵⁷Sarebbe stato preferibile l'utilizzo dell'aggettivo «*gravi*», il quale consente di ricorrere ad un parametro maggiormente ancorato ad un'analisi oggettiva. Sul punto, G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 15-16; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2116.

⁷⁵⁸A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 39; A. PROVERA, *ibidem*.

margine di discrezionalità applicativa colmabile, ancora una volta, ad opera del formante giurisprudenziale, nonostante appaia poco ragionevole il dover richiedere ad un pubblico ministero di qualificare giuridicamente un fatto con riguardo ad un elemento costitutivo, quale quello in esame, che neppure un medico legale sarebbe in grado di valutare in senso tecnico. Ai fini di un giudizio di responsabilità penale, pertanto, l'Autorità giudiziaria dovrà cercare imprescindibilmente di ricorrere ad indicatori di tipo oggettivo per verificare la sussistenza della sofferenza acuta, tra i quali, ad esempio, l'intensità della condotta violenta o minacciosa ovvero della crudeltà posta in essere dal soggetto agente⁷⁶⁰.

Altro aspetto critico inerente l'acutezza riguarda il rischio di entrare in frizione con l'art. 27 Cost., così come interpretato in seguito alle sentenze 364/88 e 1085/88 della Corte costituzionale, poiché anche se la condotta del reo può essere causa diretta della sofferenza, il raggiungimento del livello di intensità volto ad integrare l'acutezza richiesta ben potrebbe essere legato a «*particolari status emotivi*», ad «*esperienze pregresse*» o a «*traumi psicologici addirittura infantili della persona offesa, magari acuitizzati dal contesto delle violenze o delle minacce*»⁷⁶¹ imputando, così, al soggetto agente una responsabilità di tipo oggettivo, in violazione del principio di colpevolezza.

L'attributo *de quo* si affianca al sostantivo sofferenze, il quale, ancora una volta, introduce nel processo «*contenuti marcatamente emotivi*»⁷⁶² ⁷⁶³e non prettamente giuridici. Meritevole di condivisione, però, pare l'utilizzo di tale

⁷⁵⁹ A parere di chi scrive, però, l'utilizzo dell'attributo «*acute*» con la finalità di delimitare l'ambito applicativo del delitto di tortura appare scarsamente rilevante dato che il legislatore, come visto precedentemente, non si è premurato di prevedere trattamenti sanzionatori differenti con riguardo alle varie tipologie di *mistreatments*.

⁷⁶⁰ C. D. LEOTTA, *Voce "Tortura (reato di)"*, cit., 875.

⁷⁶¹ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 11-12; lo rimarca anche E. SCAROINA, *op. cit.*, 270.

⁷⁶² In tal senso, C. INGRAO, *Tortura*, cit., 9; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 163. Cfr., altresì, F. BUZZI, *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento ed alla quantificazione della sofferenza morale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 7.

⁷⁶³ *Contra*, M. PASSIONE, *Il reato che non c'è*, cit., 47. L'A. ritiene preferibile l'utilizzo del termine «*pregiudizio*», in luogo di «*sofferenze*», in quanto connotato da maggior «*obiettività e determinatezza*», oltre a prediligere la sostituzione del singolare al plurale «*onde fugare letture tese, anche sotto questo versante a ritenere necessaria la pluralità [...] delle condotte in relazione ad una pluralità di eventi*».

sostantivo in luogo della nozione di «*malattia*» e della sua concezione funzionalistica⁷⁶⁴, dal momento che alcune tipologie di torture quali, ad esempio, il *waterboarding*, non determinano di certo un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo⁷⁶⁵ e non lasciano traccia sul corpo del soggetto passivo. Probabilmente l'obiettivo del legislatore è stato quello di semplificare la prova in ordine agli effetti delle pratiche di tortura, in genere difficilmente dimostrabili. Il rischio che discende da tale opzione di semplificazione risulta essere quello di ritenere l'evento verificatosi in *re ipsa*, a prescindere dalla concreta verifica degli effetti derivanti dalla condotta, imponendo un'inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato, il quale si vedrebbe costretto a fornire la prova liberatoria in relazione all'assenza di una sofferenza acuta della vittima⁷⁶⁶.

Il termine sofferenze, inoltre, fonde in sé un aspetto «oggettivo» legato alla fisicità ed uno «psicologico», con il rischio di sovrapporsi al secondo evento descritto nella fattispecie, il quale presenta aspetti di criticità decisamente superiori rispetto al primo.

La scelta terminologica impiegata con riguardo al secondo evento «*verificabile trauma psichico*» sostituisce le «*acute sofferenze psichiche*» previste nella precedente versione della norma *de qua*. Seppur sempre connotata da margini di indeterminatezza, la previgente formulazione si presentava come maggiormente rispettosa dei dettami sovranazionali^{767 768}.

Si assiste all'assenza di una esplicita soglia di intensità minima, estendendo, da questo punto di vista, ed in contrasto con l'intento restrittivo

⁷⁶⁴ Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Cass. pen.*, 2009, 1793.

⁷⁶⁵ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 5-6; M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura*, cit., 254.

⁷⁶⁶ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 12; E. SCAROINA, *op. cit.*, 270- 271.

⁷⁶⁷ L'art. 613-*bis*, invero, riferisce l'aggettivo «*acute*» unicamente alle sofferenze fisiche laddove la versione originaria della norma lo riferiva ad entrambi gli eventi menzionati ed, analogamente, l'art. 1 della CAT riferisce l'attributo «*forti*» ai dolori ed alle sofferenze, sia fisiche che mentali.

⁷⁶⁸ La dottrina ravvisa anche una difformità rispetto al testo costituzionale il quale, nell'art. 13 comma 4 Cost., fa riferimento alla sofferenza «*fisica*» o «*morale*», risultando così il richiamo al «*verificabile trauma psichico*» contenuto nel delitto di tortura una «*selettiva e duratura variante*». A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 399.

dell'emendamento, l'ambito applicativo della fattispecie⁷⁶⁹. Al fine di identificare la soglia di gravità dell'evento dannoso, si ipotizza che gli interpreti faranno ricorso alle indicazioni fornite dalla casistica sovranazionale⁷⁷⁰ che, come più volte esaminato, ha evidenziato una gerarchia di soglie di sofferenza.

Suscita, tuttavia, una certa curiosità l'utilizzo del termine «*trauma psichico*»⁷⁷¹, in quanto mai utilizzato fino ad ora all'interno del codice penale. Per darne una definizione⁷⁷² si deve ricorrere alla lingua italiana che considera il trauma psichico come il turbamento dello stato psichico prodotto da un avvenimento negativo, dotato di una notevole carica emotiva, destinato a produrre effetti perturbanti nella psiche di un individuo⁷⁷³.

Sul piano dell'accertamento è stato ampiamente criticato l'inserimento dell'espressione «*verificabile*» volto a qualificare il trauma psichico, non comprendendosi se essa abbia una ricaduta più sul piano processuale che sostanziale. Ad una prima analisi, infatti, il termine sembrerebbe riferirsi al compito del giudice di accertare che la condotta abbia determinato una vera e propria malattia o disturbo psichico. Tale interpretazione è stata contestata e ne

⁷⁶⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 233.

⁷⁷⁰ P. LOBBA, *ivi*, 200-202; 211-213; .

⁷⁷¹ Fortunatamente, tra i tanti «*scivoloni legislativi*», non compare il riferimento, all'interno dell'art. 613-bis, al danno psichico «*prolungato o durevole*», così come accade nella descrizione elaborata dal Senato degli Stati Uniti in sede di ratifica della CAT. Cfr., Cfr., Understanding n. 1, lett. a) relativa all'art. 1 della CAT, consultabile in <http://treaties.un.org/>.

⁷⁷² Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.7., secondo cui il trauma psichico delineato dall'art. 613-bis c.p. può essere interpretato «*in conformità alla definizione che se ne trae dalla teorizzazione in ambito psicologico, dove, per esso, si intende un evento che, per le sue caratteristiche, risulta "non integrabile" nel sistema psichico pregresso della persona, minacciando di frammentarne la coesione mentale. In tale ottica, integra il trauma psichico anche un evento critico, sotto il profilo psicologico, che si presti a rapida risoluzione, non essendo necessario che l'esperienza dolorosa si traduca in una sindrome di "trauma psicologico strutturato"*».

⁷⁷³ G. LIOTTI, B. FARINA, *Sviluppi traumatici. Eziopatogenesi, clinica e terapia della dimensione dissociativa*, Roma, 2011, 31-33. Gli Autori specificano che «*vivere una situazione minacciosa alla quale è impossibile sottrarsi o reagire efficacemente neutralizzandola e contro la quale non si ottiene sufficiente aiuto o sostegno da altri[...] genera, dunque, un senso di sfiducia conseguente all'impotenza, che diventa uno degli elementi clinici più comuni e importanti nei disturbi correlati ai traumi*».

è stato evidenziato il carattere pleonastico⁷⁷⁴, dato che non si richiede un *quid pluris* all'Autorità giudicante nel corso del processo, visto che, al pari di tutti gli altri elementi significativi della fattispecie, lo stesso deve essere accertato «*al di là di ogni ragionevole dubbio*». L'assenza di ulteriori indicazioni che vincolino l'interprete ad un metodo di accertamento fa confluire nell'ordinario sistema probatorio l'accertamento di tale evento. Da ciò emerge come il trauma non debba essere solo «*verificabile*», ma anche «*verificato*» nel caso concreto. Ci si trova dinanzi ad un tecnica di formulazione della norma in cui il legislatore «*sembra singolarmente farsi carico di una moral suasion nei confronti del giudice al rispetto delle regole: la maggior complessità dell'accertamento del trauma psichico non può condurre a scorciatoie probatorie, che non tengano conto dei canoni di certezza sui quali si svolge la funzione giurisdizionale*»⁷⁷⁵

Un requisito che ben poteva essere omesso, che si presta ad incerte valutazioni⁷⁷⁶ ed è quindi contrario, così come buona parte degli elementi costitutivi della norma *de qua*, ai più elementari criteri di determinatezza della fattispecie, in violazione dell'art. 25 comma 2 Cost.

Si tratta ora di capire la *ratio* del suo inserimento da parte del legislatore⁷⁷⁷. Appurata l'irrilevanza sul versante «*processuale*»⁷⁷⁸, probabilmente si voleva introdurre una delimitazione sul piano sostanziale, individuando la rilevanza dell'evento in relazione ai soli disturbi medicalmente accertabili, rendendo

⁷⁷⁴ C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 156. Nello stesso senso, V., P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 402.

⁷⁷⁵ A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 354.

⁷⁷⁶ «*Il dolore non è solo il danno materiale, come avviene nella malattia. Vi è sempre un'altra faccia del dolore, al di là del danno [...], il dolore è soggettivo, graduabile, difficilmente misurabile. Il dolore psichico è ancora più difficile da circoscrivere e definire[...]*». P. GONNELLA, *op. cit.*, 55.

⁷⁷⁷ F. FLORA, *Il nuovo articolo 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 347. L'A. evidenzia una prima ragione dell'inserimento dell'aggettivazione verificabile, nell'ottica di una funzione «*calmante*» per placare le proteste dei rappresentanti delle forze dell'ordine di cui, come più volte precisato, si sono fatti portavoce alcuni partiti politici.

⁷⁷⁸ E' bene sottolineare come la disciplina sostanziale non sia il luogo opportuno per introdurre norme di tipo processuale. In tal senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 10.

inapplicabile la fattispecie in tutti i casi in cui gli atti di tortura avessero prodotto gravi sofferenze che non si fossero tradotte in vere e proprie patologie, dovendosi ritenere il trauma psichico verificabile solo se accertabile a livello psicologico e psichiatrico. Ciò nasce probabilmente dal timore del legislatore di vedere attratte nel campo di applicazione della nuova norma «condotte bagatellari ovvero altre non meritevoli di applicazione di un trattamento sanzionatorio così severo»⁷⁷⁹.

Tale impostazione, che ritiene necessaria la determinazione di una patologia, non pare condivisibile. In primo luogo, è bene ribadire che il termine trauma non è sinonimo di malattia; inoltre, ritenere quali sofferenze rilevanti esclusivamente quelle nosograficamente classificabili andrebbe a restringere eccessivamente la portata applicativa della norma *de qua*⁷⁸⁰. Si tratta di una tematica estremamente delicata e riguardante quella che viene definita «Tortura bianca», che non lascia tracce poiché eseguita con strumenti «sostanzialmente sofisticati» che «aggreddiscono i sensi e non il corpo di una persona, alterando la percezione del torturato, sino a procurare stati psicotici, o il Post traumatic stress disorder (Ptds)».⁷⁸¹ Invero, risulterebbero penalmente irrilevanti stati

⁷⁷⁹ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6.

⁷⁸⁰ E. SCARONA, *op. cit.*, 272. L'A. individua un'ulteriore fondamento dell'utilizzo del termine verificabile, ossia per rafforzare «l'esigenza che in sede di applicazione concreta siano valutati con estrema cautela gli effetti di natura psicologica prodotti dalla condotta: nella consapevolezza della difficoltà di prova dell'evento del reato e del rischio che l'onere del suo accertamento possa essere ritenuto assolto in virtù della mera verifica della sussistenza della condotta, si è voluto cioè richiamare l'interprete a un riscontro puntuale ed effettivo, al di là cioè di semplificazioni e presunzioni, anche di effetti sfuggenti quali le sofferenze da un lato e il trauma psichico dall'altro».

⁷⁸¹ V., M. MENEGATTO, A. ZAMPERINI, *Violenza e democrazia. Psicologia della coercizione: torture, abusi, ingiustizie*, Milano, 2016, 57. In particolare gli autori si soffermano sulle «cinque tecniche di tortura», ossia forme di tortura a distanza «che compromettono gravemente le capacità sensoriali, violentando l'udito, la vista, l'orientamento spazio-temporale. Le vittime sono lasciate per lunghe ore isolate in piccole celle, talvolta al buio, in silenzio, al freddo e senza indumenti. La reclusione può essere soggetta a una rotazione in vari luoghi, per impedire al prigioniero di sviluppare una certa familiarità ambientale. Proprio l'ambiente è sottoposto a sistematiche violazioni: arbitraria alternanza di silenzio/rumore, con urla improvvise oppure musica ad alto volume; controllo della luce, anche facendo ricorso all'incappucciamento. L'equilibrio psico-fisico è intaccato alternando il ritmo sonno/veglia: il prigioniero è tenuto perennemente sveglio oppure ridestato improvvisamente agli inizi della fase REM, con musica o rumori lancinanti. La stress-position (essere costretti ad assumere per tempo prolungato determinate posture) provoca dolore acuto a muscoli e articolazioni. L'emozione-arma più usata è la paura, come nel tipico caso di annuncio di esecuzioni sommarie; note a tutti sono le vicende di Abu Ghraib, carcere dove i soldati nordamericani

meramente transitori di paura, ansia, terrore, panico, stati depressivi, disturbo, disagio, il mero patema d'animo, ovvero casi di *shock post* traumatico, i quali sono difficili da verificare clinicamente soprattutto a distanza di tempo rispetto all'accaduto⁷⁸². Analogamente risulterebbero impunte tecniche particolarmente moderne di tortura, cc.dd. *torture no touch*⁷⁸³, che, pur non lasciando segni sul corpo⁷⁸⁴, creano disturbi particolarmente intensi, ma connotati da una durata limitata e non osservabili empiricamente⁷⁸⁵.

Risultano, in definitiva, essere due gli scenari interpretativi riguardanti la norma in esame in riferimento alla verificabilità del trauma psichico subito dal soggetto passivo: uno volto all'applicazione restrittiva della fattispecie nello specifico caso in cui si riscontrino dei disturbi medicalmente accertabili, ovvero vere e proprie patologie ed uno più estensivo, da prediligere e che non richiede un accertamento di tal tipo fino a giungere a far ritenere penalmente rilevante persino il minacciare di torturare⁷⁸⁶. Certo è che, in adesione alla

aizzavano cani senza museruola contro prigionieri adolescenti, scommettendo su chi per primo, dal terrore, avrebbe perso il controllo di vescica e sfinteri». In senso analogo, S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1782.

⁷⁸² Può accadere, invero, che trascorso un certo lasso temporale, il forte trauma psichico subito, di durata però temporanea, sia stato superato dalla vittima e quest'ultima si presenti al medico legale in normale stato psicologico, non potendosi ravvisare, così, nel caso di specie, il reato *de quo*. In tal caso parte della dottrina sembra avanzare due differenti ipotesi, peraltro insoddisfacenti: la prima consistente nel sostituire ad un'accertabilità clinica effettiva del pregiudizio, una accertabilità clinica potenziale, con il rischio di tramutare la fattispecie in un reato di pericolo, in violazione del principio di tipicità. La seconda, volta ad estromettere dalla nozione di traumi tutti quelli per cui non si sia proceduto in tempo utile «*all'accertamento clinico dell'evento psichico destabilizzante*». Per un approfondimento, P. LOBBA, *Reprimere la tortura in Italia*, cit., 235.

⁷⁸³ Cfr., A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto*, cit., 10; A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., 75 ss; I. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 8.

⁷⁸⁴ M. WELCH, *Fare l'impossibile. Genealogia della tortura moderna*, in *Studi quest. crim.*, 3/2007, 41 ss.

⁷⁸⁵ In questo periodo storico, caratterizzato dalla continua ed inarrestabile evoluzione della tecnologia, infatti, modalità sempre più sofisticate di tortura vengono escogitate per non lasciare segni visibili sui corpi delle vittime. Si tratta di «*modalità pressoché infinite, lontane e al di là dell'immaginazione di tutti noi, anche di quella del legislatore*». G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 15. Cfr., Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47070, cit., par. 6.7: «*l'aggettivo "verificabile" rimanda a un trauma psichico riscontrabile oggettivamente, attraverso l'accertamento probatorio, non essendo necessario, invece, il riscontro nosografico, e neppure il riscontro peritale, perché può essere rilevante, ai fini della integrazione dell'evento, anche un trauma temporaneo, e non inquadrabile in una categoria predefinita*».

⁷⁸⁶ Basti pensare all'incidenza che la tortura possa avere sulla psiche di una persona accusata di un crimine e sottoposta ad un interrogatorio finalizzato ad estorcere una confessione: Corte

prima impostazione, si potrebbe intravedere una violazione dell'art. 3 Cost., poiché si richiederebbe che unicamente il trauma psichico debba essere medicalmente accertato e non la sofferenza fisica, ingenerando una evidente disparità di trattamento tra la vittima che ha subito quest'ultima e quella che, invece, ha subito una sofferenza fisica⁷⁸⁷.

La descrizione dell'evento del delitto in termini di verificabile trauma psichico non deve però destare eccessive preoccupazioni. Certe operazioni di «salvataggio», in via interpretativa, di norme «*deformi*» vantano illustri precedenti. L'ultimo, in ordine di tempo, è quello operato sul delitto di *stalking*, formulato in termini indeterminati, ma oggetto di un *restyling* giurisprudenziale avallato dalla Corte costituzionale. Si è ripresenta, con l'introduzione del delitto di tortura, la problematica concernente l'accertamento degli eventi caratterizzanti il delitto di atti persecutori, in relazione al concetto di «*perdurante e grave stato di ansia*». Come è noto, con riguardo all'art. 612-bis, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sufficienti «*elementi sintomatici ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dal soggetto agente ed anche da quest'ultima*» «*nonché dalle condizioni soggettive della vittima, purché note all'agente e come tali rientranti nell'oggetto del dolo*»⁷⁸⁸. Inoltre, non si richiede nemmeno «*l'accertamento di uno stato patologico, risultando sufficiente che gli atti abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima*». Per delimitare ulteriormente l'ambito applicativo dell'art. 612-bis c.p., sono intervenuti anche i giudici della Consulta, i quali, riprendendo quanto già precisato dalla giurisprudenza della Cassazione, hanno escluso che il «*grave e perdurante stato di ansia o di paura*» e di «*fondato timore per l'incolumità*» ricomprendesse «*ansie di scarso*

europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*. In tal senso, I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni*, cit., 163-164.

⁷⁸⁷ In senso conforme, C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (reato di)*, cit., 875.

⁷⁸⁸ Cass., Sez. V, 09 aprile 2019, n. 15671, in <http://www.iusexplorer.it>; Cass., Sez. V, 28 febbraio 2012, n. 14391, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 193.

momento [...] timori immaginari o del tutto fantasiosi della vittima»^{789 790}. A parere di chi scrive, quanto sopra esposto deve essere considerato il canone interpretativo⁷⁹¹ volto a circoscrivere e ricostruire l'area del penalmente anche in relazione al reato di tortura, soprattutto tenendo bene in considerazione quanto sottolineato nella parte conclusiva della sentenza della Corte costituzionale, ossia l'osservanza del fondamentale principio di offensività, al quale il giudice deve ricorrere al fine di accertare in concreto se il comportamento posto in essere dal torturatore leda effettivamente il bene giuridico tutelato dalla norma.

In conclusione, in virtù di quanto analizzato, anche in relazione all'elemento costitutivo da ultimo preso in esame, non stupirebbe un intervento della Corte costituzionale, così come accaduto in relazione ad alcune fattispecie «*non sufficientemente determinate*», come quella di atti persecutori.

10. L'elemento soggettivo

Dal testo del disegno di legge approvato dalla Camera il 9 aprile del 2015, a seguito dell'ultima interpolazione del Senato, è stata espunta la previsione del dolo specifico e dell'avverbio «*intenzionalmente*», prevedendo una fattispecie a dolo generico sia in relazione alla tortura comune sia con riguardo a quella commessa dal pubblico ufficiale. L'opzione prescelta dal nostro legislatore si discosta, così, dalla formulazione dell'art. 1 della Convenzione ONU, secondo cui le sofferenze devono essere inflitte «*intenzionalmente*» per una specifica

⁷⁸⁹ C. Cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 2738, con nota di F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*.

⁷⁹⁰ La nozione stessa di trauma, d'altronde, implica la profondità dell'alterazione psichica, che deve presentarsi come grave, conformemente alla definizione di tortura internazionalmente accolta.

⁷⁹¹ In senso analogo, Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., 6.7: «*Mutuando quanto e' stato affermato in tema di atti persecutori, con riferimento alla causazione nella persona offesa di un grave e perdurante stato di ansia o di paura, la prova dell'evento va ancorata a elementi sintomatici del trauma psicologico, ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare tale effetto destabilizzante in una persona comune, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui e' stata consumata*». V., altresì, Cass., Sez. V., 2 marzo 2017, n. 17795, in *C.E.D.*, rv. 269621; Cass., Sez. V., 9 maggio 2012, n. 24135, in *C.E.D.*, rv. 253764.

finalità (e cioè, alternativamente, «*per ottenere dalla vittima o da una terza persona informazioni o confessioni, per punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, per intimidirla o esercitare pressioni su di lei o su un terzo, ovvero per qualunque altro motivo di discriminazione*»)⁷⁹². La mancata previsione del dolo intenzionale non può essere criticata in *toto*. L'impiego del termine «*intentional*», oltre a comparire nella sopra citata definizione, ha fatto il suo ingresso, altresì, nelle nozioni rispettivamente adottate dai Tribunali penali internazionali *ad hoc* e dallo Statuto di Roma⁷⁹³. Il significato da attribuirgli, però, non deve essere interpretato letteralmente dal momento che gli organi internazionali competenti lo hanno inteso con quello comunemente attribuito al dolo generico e la cui limitata funzione non sarebbe altro che quella di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura⁷⁹⁴, non potendosi ravvisare nelle fonti sovranazionali alcuna indicazione a favore del dolo intenzionale⁷⁹⁵. Sebbene

⁷⁹² In tal modo il legislatore non ha recepito la tripartizione in tortura giudiziaria, punitiva e discriminatoria fatta propria dall'art. 1 CAT, «*tutte ipotesi per cui a livello internazionale si chiede a gran voce non solo la criminalizzazione, ma altresì la garanzia di una punizione efficace ed effettiva degli autori*». I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni*, cit., 4. Nello stesso senso, A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6.

⁷⁹³ Con riguardo all'impiego dell'avverbio nello Statuto di Roma si rinvia a R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2008, 275 ss.; D. K. PIRAGOFF, D. ROBINSON, *Article 30 – Mental Element*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, III ed., Baden Baden, 2016, 1117; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, 2009, 343.

⁷⁹⁴ Cfr., Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Torture [...]. Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment [...]*, 5/02/2010, par. 34; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, l'Aja-Boston-Londra, 1999, 20; C. INGLESE, *The UN Committee against Torture. An Assessment*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 211. Cfr., altresì, G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 17. P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 193-194, 244.

⁷⁹⁵ Occorre volgere uno sguardo anche ad un'altra fattispecie recante il medesimo termine e richiamare quell'indirizzo, seppur non molto attuale, della Corte di legittimità secondo il quale, in tema di abuso d'ufficio *ex art. 323*, l'utilizzo dell'avverbio *de quo* aveva come obiettivo quello di escludere dalla punibilità le condotte in cui l'interesse pubblico, benché non perseguito in via primaria dall'agente, fosse, comunque, concomitante. L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica Amministrazione*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, A. GAMBERINI, G. INSOLERA, V. MANES, M. MANTOVANI, N. MAZZACUVA, F. SGUBBI, L. STORTONI, F. TAGLIARINI (a cura di), *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, VII ed., Milano, 2016, 202. Critico all'impiego del dolo intenzionale nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p.: L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 1997, 350; ID., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, I, 1997, 297 ss. Secondo quest'ultimo

alcuni autori siano particolarmente critici sull'assenza del riferimento a quest'ultimo⁷⁹⁶, in quanto ritenuto un elemento idoneo a tracciare una netta linea di demarcazione tra i fatti sussumibili sotto la norma incriminatrice *de qua* e quelli inquadrabili, invece, in altre fattispecie quali, a titolo esemplificativo, lesioni, minacce, violenza privata e maltrattamenti in famiglia⁷⁹⁷, si può salutare favorevolmente l'assenza del dolo intenzionale dall'art. 613-bis c.p.. Il non richiedere l'intenzionalità della condotta scongiura il rischio di un'eccessiva limitazione dell'ambito applicativo della norma ed, inoltre, elimina quelle difficoltà di accertamento che tale requisito soggettivo avrebbe comportato, rischiando di operare quale «*facile escamotage difensivo*»⁷⁹⁸. Basti pensare alle ipotesi di tortura che non lascino tracce sul corpo o sulla psiche del soggetto, ovvero ai casi in cui l'assenza di testimoni renda difficile, se non impossibile, raccogliere le prove necessarie. E' proprio in tali contesti che la mancanza del dolo intenzionale deve essere vista in

Autore, non pare convincente, sul piano dell'elemento soggettivo, ridurre la possibilità di imputazione soggettiva «*alle sole ipotesi di «intenzionale» produzione dell'evento*». In tal modo «*si esclude la rilevanza del dolo diretto, che costituisce invece la più frequente e comune forma di dolo, sostanziandosi nella consapevolezza delle conseguenze certe od altamente probabili della propria azione e volizione (pur se non costituenti lo scopo immediato o la causa della stessa)*».

⁷⁹⁶Così, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 40; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 12. Nello stesso senso, G. FLORA, *Abuso dei pubblici poteri*, cit., 985; C. D. LEOTTA, *Voce "Tortura (reato di)"*, cit., 876-877. Secondo quest'ultimo Autore, avrebbe militato a favore della previsione espressa del dolo intenzionale l'argomentazione secondo cui «*sia l'art. 1 della Dichiarazione ONU del 1975, sia l'art. 1 CAT opportunamente fanno uso del sintagma "intentionally inflicted" riferito all'evento "severe pain or suffering". Non differenti le indicazioni della Corte di Strasburgo, sebbene, come noto, l'art. 3 CEDU nulla dica a proposito*».

⁷⁹⁷Il dolo intenzionale, fotografando solo una delle ipotesi in cui si atteggia la volontà del torturatore, non solo tenderebbe ad escludere la rilevanza penale di alcuni comportamenti, ma lascerebbe, altresì, al giudice l'arduo compito di individuare e punire solo coloro che avessero agito con un'intensità dell'elemento soggettivo tale da poter ritenere configurati gli estremi della causazione intenzionale dell'evento indicato nella disposizione. Come è noto, proprio in quanto concernente la sfera interiore del soggetto agente, l'accertamento processuale del dolo pone da sempre notevoli problemi. Per un approfondimento, si rinvia a G. P. DEMURO, *Il Dolo: L'accertamento*, Milano, 2010, 149 ss; M. GALLO, *Dolo (Diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, 801 ss. In particolare sotto il profilo del dolo intenzionale, si rinvia anche a M. PANZARASA, *Profili problematici del dolo intenzionale quale veicolo ordinario di istanze politico-criminali*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2009, 4430.

⁷⁹⁸ In tal senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 17; M. PASSIONE, *Il reato che non c'è*, cit., 43; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 242; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 245-246.

maniera positiva, poiché si rischierebbe di aprire la strada a presunzioni in *re ipsa* del dolo richiesto, lasciando ampi spazi all'impunità del reo⁷⁹⁹, rimettendo ai sottili distinguo del giudice penale il grado di intensità dell'elemento psicologico del reato, la delimitazione fra il lecito e l'illecito penale, risultando ciò in palese contraddizione con la proclamata necessità di garantire, invece, più tassatività e certezza all'incriminazione⁸⁰⁰. In definitiva, quindi, il richiedere la sussistenza del dolo generico, rende sicuramente più agevole il raggiungimento della prova della colpevolezza «*al di là di ogni ragionevole dubbio*»⁸⁰¹.

La mancata qualificazione dell'elemento soggettivo in termini intenzionalistici determina l'insorgere del quesito se il dolo di tortura possa assumere ogni forma di intensità. Trattandosi di una fattispecie a dolo generico, non si può escludere a priori la compatibilità con il dolo eventuale⁸⁰².

Ciò sarebbe confermato anche dalla recente pronuncia a Sezioni Unite⁸⁰³, le quali hanno affermato come il dolo eventuale sia compatibile con il dolo d'impeto e che entrambi possano ricorrere quando il soggetto agisca con crudeltà la quale, come più volte affermato, costituisce una della modalità alternative con le quali si possa integrare il delitto *de quo*. L'art. 613-bis sembra pacificamente ammettere che le acute sofferenze fisiche ovvero il verificabile trauma psichico possano essere semplicemente accettati dal soggetto attivo, secondo lo schema del dolo eventuale⁸⁰⁴, nonostante parte della

⁷⁹⁹ In tal senso I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 164.

⁸⁰⁰ Sul punto, ma in relazione alla fattispecie di cui all'art. 323, cfr., L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, cit., 350.

⁸⁰¹ P. P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura*, cit., 636; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2017, 2118.

⁸⁰² *Ex multis*, E. SCAROINA, *op. cit.*, 284. Contrari all'inclusione del dolo eventuale, I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 163, che ritiene la descrizione del tipo talmente pregnante da escludere, nei fatti, la compatibilità con il dolo eventuale; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11; C. D. LEOTTA, *Tortura*, cit., 876. Per una riflessione particolare sul «*dolo di crudeltà*», v. D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 26-28.

⁸⁰³ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 40516, in *Dir. pen e proc.*, 2016, 11, 1415.

⁸⁰⁴ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 6-7. F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 5. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Vol. II., 2017, 235; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 243; Nello stesso senso,

dottrina sia particolarmente critica sulla questione⁸⁰⁵, vuoi perché la tipizzazione della condotta è stata effettuata secondo modalità, quali le ripetute violenze o minacce gravi, azioni crudeli, che mal si conciliano con la mera accettazione della verifica dell'evento lesivo^{806 807}, sia perché si andrebbe a dilatare eccessivamente l'ambito applicativo della fattispecie fino a ricomprendervi condotte che, nella giurisprudenza EDU, potrebbero essere considerate esclusivamente inumane o degradanti⁸⁰⁸. Quest'ultima considerazione, ad avviso di chi scrive, pare di scarsa rilevanza dato che i trattamenti inumani e degradanti sono riconducibili sotto un unico tetto sanzionatorio ed all'interno dei confini della medesima norma.

Decisamente più controversa è l'espunzione del dolo specifico dall'art. 613-bis c.p., elemento che compare, invece, nella nozione sovranazionale del crimine di tortura e che era presente in tutti i disegni di legge della XV e XVI legislatura. Tale aspetto è stato criticato dal Comitato ONU contro la tortura, il quale ha rivolto un monito al legislatore, auspicando una revisione della norma, affinché fossero inserite le finalità alternative previste nell'art. 1 CAT⁸⁰⁹. Ai sostenitori della possibilità di recepire, senza alcun adattamento, la definizione contemplata nell'art. 1 CAT, si contrapponevano coloro che ritenevano la formulazione dell'elemento finalistico eccessivamente in frizione con i principi di tassatività e determinatezza, data l'elasticità e vaghezza caratterizzante

M. TRIANNI, *Tortura (art. 613-bis c.p.)*, in R. GAROFOLI (a cura di), *Compendio di diritto penale. Parte Speciale*, 2017, 672-674.

⁸⁰⁵ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 12; ID., *Il delitto di tortura*, cit., 164-165. L'A. ritiene che la descrizione della fattispecie sia così "pregnante", anche da un punto di vista sanzionatorio, tale da escludere la compatibilità con il dolo eventuale. Contra S. AMATO, M. PASSIONE, *Il delitto di tortura*, cit., 11. Secondo gli A.: «Il difetto di coerenza che sottende l'intero impianto normativo non consente di aderire all'assunto, sol che si pensi al fatto che l'art.1 della legge, come già evidenziato, riunisce in un unicum la tortura e i trattamenti inumani e degradanti».

⁸⁰⁶ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11.

⁸⁰⁷ Parte delle dottrine ritiene tuttavia che, chi agisca con dolo eventuale, può risultare più pericoloso di colui che agisce con dolo intenzionale: G.P. DEMURO, *Il Dolo: L'accertamento*, Milano, 2010, p. 267 ss.

⁸⁰⁸ A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2118.

⁸⁰⁹ Committee against torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, cit., 2 par. 11.

alcuni dei suoi componenti⁸¹⁰. Per tale ragione non pareva praticabile la strada di importare, senza modifiche, quanto statuito nell'art. 1 CAT, mediante la tecnica del mero rinvio alla stessa da parte di una norma penale interna che si limitasse a prevedere la sanzione applicabile.

Sicuramente la presenza del dolo specifico avrebbe consentito di meglio delimitare l'ambito applicativo della fattispecie⁸¹¹ e di delinearne con maggiore precisione i confini, distinguendola rispetto ad altre condotte illecite, inclusi i trattamenti inumani e degradanti ed innalzando, così, il tasso di determinatezza del reato⁸¹². A parere di chi scrive, però, pare condivisibile la scelta di rinunciare all'efficacia tipizzante del dolo specifico⁸¹³. Invero, in un contesto in

⁸¹⁰ In tal senso, O. DE FROUVILLE, *The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, 642; J. H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., 122; C. INGLESE, *The UN Committee against Torture*, cit., 206. Sul punto cfr., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, 03 novembre 2015, *Myumyun vs. Bulgaria*, ric. n. 67258/2013, par. 73, « [...] It should be noted in this connection that the national authorities cannot be expected to discharge their positive obligations under Article 3 of the Convention by acting in breach of the requirements of its Article 7, one of which is that the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment ». Altra parte della dottrina sosteneva, invece, la possibilità di trasporre direttamente nel nostro codice penale la definizione della CAT. V., ex multis, A. DI MARTINO, *Appunti*, 101-102; F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., 154-155.

⁸¹¹ S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 11. «Così privata delle sue finalità ontologiche (quelle connesse alla condotta di un rappresentante dello Stato), sarà difficile distinguere un dolo di tortura da un dolo di lesione o di violenza privata, o altro; quasi un understatement normativo». Cfr., altresì, G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 19-20; M. PASSIONE, *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in *Giur. pen. web.*, cit., 2.

⁸¹² La Corte EDU, ma anche Commissione europea dei diritti dell'uomo già nel caso Greco, ha spesso fatto riferimento alle finalità perseguite dall'autore del reato, oltre che alla gravità delle sofferenze inflitte per individuare il *discrimen* tra le pratiche qualificabili come tortura e quelle qualificabili, invece, come trattamenti inumani o degradanti, come tali perseguite con meno vigore. «La distonia tra quanto concordemente ritenuto dalla Corte EDU, secondo la quale la tortura esige il finalismo di cui all'art.1 CAT, a differenza di quanto previsto per i trattamenti inumani o degradanti (per i quali non è richiesto che l'agente si prefigga il raggiungimento di un determinato scopo, fosse anche quello di causare uno stato di sofferenza), si spiega, ancora un volta, con la confusa sintassi della novella, che riunendo fatti di diverso rilievo ha finito col travolgere una consolidata casistica ed una precisa ermeneutica del testo convenzionale ad opera della Corte Europea». S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 11. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a Y. ARAI -YOKOY, *Grading scale of degradation: identifying the threshold of degrading treatment or punishment under Article 3*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21 (3), 2003, 385-421; A. SCUTELLARI, *Trattamenti inumani e nuove schiavitù. Proibizione della tortura e dei trattamenti inumani*, in P. GIANNITI (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, 715-802.

⁸¹³ La graduale perdita di centralità dell'elemento finalistico si ravvisa anche sul piano internazionale. Basti analizzare la definizione del Crimine contro l'umanità di tortura contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale per vedere come sia stato abbandonato il

cui il nostro legislatore ha optato per un reato comune, tale tipologia di dolo non avrebbe avuto ragion d'essere, salvo recuperarlo in relazione al secondo comma, nell'ipotesi di tortura commessa da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, rispetto al quale la finalizzazione della condotta «*a scopi giudiziari, punitivi intimidatori o discriminatori è coesistente al disvalore del fatto, esprimendo il vulnus nel rapporto tra cittadini e autorità derivante dall'uso distorto del potere pubblico*»^{814 815}. L'elemento finalistico, invero, si sposa solo con la tortura di Stato, rimanendo irrilevante nella tortura intesa come reato comune⁸¹⁶. In relazione al primo comma, quindi, la previsione del dolo generico, in luogo di quello specifico, può essere vista sotto una luce positiva dato che amplia la tutela penale della fattispecie, includendovi anche fatti che siano stati posti in essere in assenza di uno scopo, ovvero in presenza di finalità divergenti da quelle elencate⁸¹⁷. E' pur vero che la capacità inclusiva delle finalità che connotano la nozione di tortura è molto elevata e comprende

riferimento a tale elemento soggettivo, configurandosi, invece, un reato a dolo generico (Art. 7, comma 1, lett. f) dello Statuto della Corte Penale internazionale). La Corte di Strasburgo, invece, talvolta ritiene essenziale per configurare la fattispecie, la finalità perseguita dal reo, altre volte solo meramente eventuale. Sebbene generalmente la Corte EDU distingua la tortura dagli altri trattamenti inumani e degradanti sulla base dell'intensità della sofferenza (v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 gennaio 1978, *Ireland vs. United Kingdom*, ric. n. 5310/71.), altre volte richiama il criterio della specifica finalità della condotta (v., Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 novembre 1969, *The Greek Case: Denmark, Norway, Sweden and Netherlands v. Greece* [...], *Report of the Commission*, ric. n. 3321/67, in *ECHR Yearbook* 12, vol. 2, parte 2, 1969, 186 ss.

⁸¹⁴ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11; nello stesso senso, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 246; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 165; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 243; T. PADOVANI, *Resoconto stenografico dell'audizione avanti alla Commissione della camera dei deputati*, 22 ottobre 2014, 6; S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 11.

⁸¹⁵ Tale allargamento della fattispecie, con particolare riguardo alla tortura come reato proprio, avrebbe generato il rischio, già paventato dai rappresentanti delle forze di polizia, di veder ampliato il controllo penale rispetto all'operato delle forze dell'ordine e di veder la norma applicata in caso di uso legittimo, benché sproporzionato, di tecniche coercitive ovvero in contesti di detenzione in istituti penitenziari sovraffollati. P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 246; M. PELISSERO, *ibidem*. V., altresì, l'audizione del Capo della Polizia (Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, *resoconto stenografico della seduta del 29/10/2014*, 5) e quelle dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali delle varie forze di polizia (Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, *resoconto stenografico delle sedute del 18/06/2014*, 3-4 e *del 26/06/2014*, 5, 7, 9-10).

⁸¹⁶ T. PADOVANI, ascoltato dalla Commissione II Giustizia, Camera dei deputati, seduta del 22 ottobre 2014, *Resoconto stenografico*, 4.

⁸¹⁷ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11; *contra*, E. SCAROINA, *op. cit.*, 286-287.

quasi tutte le ipotesi di tortura⁸¹⁸, tuttavia non si può far a meno di sottolineare casi in cui siano inflitte sofferenze fisiche o morali non sorrette da alcuna delle suddette finalità, ma perpetrate per vendetta, rivalsa, mero sadismo ovvero, più in generale, senza apparente ragione⁸¹⁹ ⁸²⁰, che risulterebbero esclusi dall'ambito applicativo della norma⁸²¹. Lo stesso art. 1 CAT, inoltre, non pare contenere una elencazione di fini esaustivi e tassativi, dato che gli stessi sono introdotti dall'espressione «*for such purposes as*»⁸²², evidenziandosi, così, la natura meramente esemplificativa dell'indicazione sovranazionale⁸²³ ⁸²⁴.

11. Il delitto aggravato dall'evento delle lesioni personali

Il quarto ed il quinto comma dell'art. 613-*bis* c.p. introducono alcune circostanze aggravanti con riguardo ai casi in cui dal fatto previsto dal primo comma derivino lesioni personali ovvero la morte del soggetto passivo.

Nel quarto comma della norma *de qua* si ravvisano tre aggravanti di cui una ad effetto comune e due indipendenti per le ipotesi in cui i fatti di tortura cagionino rispettivamente lesioni personali comuni, gravi (con aumento di un terzo) o gravissime (prevedendo un aumento della metà)⁸²⁵. Come

⁸¹⁸ M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168*, cit. 255.

⁸¹⁹ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 41; *contra* G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 19; E. SCAROINA, *op.cit.*, 286-287; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 14, il quale sottolinea, «che le ipotesi di puro sadismo nei rapporti interpretati [...] risulteranno di solito già adeguatamente sanzionabili ai sensi delle norme sulle lesioni personali o addirittura dell'omicidio aggravate dalla crudeltà o sevizie (art. 61 n. 4 c.p., richiamato dall'art. 577 n. 4 in materia di omicidio)».

⁸²⁰ Nella vicenda del G8 si affermava, infatti, che le violenze non fossero state perpetrate in vista delle tipiche finalità delineanti la nozione di tortura tradizionalmente condivisa a livello sovranazionale. Sul punto, E. SCAROINA, *op. cit.*, 286.

⁸²¹ Essendo sufficiente il mero dolo generico, risulterà, altresì difficile per il torturatore argomentare, nel quadro di un «*ticking bomb scenario*» che ha agito in buona fede, senza alcun dolo specifico. P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 407.

⁸²² Il riferimento alla clausola «*for such purposes as*» all'interno della fattispecie di cui all'art. 613-bis «*sarebbe stata non solo inusuale, ma altresì, foriera di interpretazioni contrastanti con il principio di tassatività*». M. PASSIONE, *Il reato che non c'è*, cit., 49.

⁸²³ G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 19.

⁸²⁴ G. FLORA, *Abuso dei pubblici poteri*, cit., 985, secondo il quale: «*L'eventuale compresenza delle finalità ritenute a livello sovranazionale coesenziali alla tortura potrà comunque essere valorizzata in sede di commisurazione*».

⁸²⁵ Parte della dottrina sottolinea l'«*irragionevolezza sanzionatoria*» proprio in relazione al picco sanzionatorio che divide l'aggravio di pena (da un terzo a metà) se la lesione è grave o gravissima. A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 401.

precedentemente anticipato, è proprio in virtù di tale comma che si esclude che la fattispecie base di tortura preveda come evento le lesioni personali, poiché le stesse determinano, invece, un aggravamento del trattamento sanzionatorio⁸²⁶. Qualche perplessità della dottrina, tuttavia, è stata avanzata con riguardo alla nozione di malattia⁸²⁷, data l'interpretazione giurisprudenziale particolarmente estensiva della stessa, tale da attribuire rilievo a una qualunque alterazione, sia anatomica che funzionale, fino a comprendere le ecchimosi⁸²⁸, semplici graffi, una crisi ipertensiva⁸²⁹ e, sul piano psichico, anche uno stato ansioso o mere palpitazioni⁸³⁰. Da questa prospettiva si potrebbe ritenere che tali eventi rientrino tra quelli costitutivi del reato base avuto riguardo in particolare alle violenze fisiche e morali, risultando gli aumenti di pena previsti dal quarto comma pressoché automatici⁸³¹, con picchi sanzionatori che destano perplessità anche sotto il profilo della proporzione, a maggior ragione ove si consideri la commistione tra tortura e trattamento inumano e degradante, nonostante la loro diversa gravità oggettiva. Più convincente, la nozione c.d. «funzionalistica» dell'evento malattia, da intendersi quale alterazione funzionale dell'organismo, avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸³². Risulta, così, evidente come la fattispecie aggravata, per potersi ravvisare, richieda un *quid pluris* rispetto a quella base di cui al primo comma, che già si riferisce alle acute sofferenze fisiche o ad un verificabile trauma psichico, escludendosi che

⁸²⁶ Sul punto cfr., I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 165, secondo cui «il disvalore di cui è portatrice la circostanza è già ampiamente contenuto nel fatto base», ciò comportando il rischio «che la fattispecie base si presenti di fatto sempre in forma aggravata, quantomeno in relazione al caso in cui dal fatto siano derivate lesioni personali». V., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 247.

⁸²⁷ Sulla nozione di lesioni personali, v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., 141 ss; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale, Tutela penale della persona*, vol. I, Torino, 2014, 79 ss. Per un approfondimento giurisprudenziale cfr., A. PECCIOLI, P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, vol. I, ed. VI, Padova, 2018, 197 ss.

⁸²⁸ *Ex multis*, cfr., Cass., Sez. V, 17 aprile 2014, n. 26804, in *Dir. e Giust.*, 2014, (web) - <http://www.dirittoegiustizia.it>, 23 giugno 2014.

⁸²⁹ Cass., Sez. V, 03/11/2017, n. 54005

⁸³⁰ E. SCAROINA, *op. cit.*, 301; I. MARCHI, *Luci e ombre*, cit., 15; ID., *Il delitto di tortura*, cit., 11.

⁸³¹ V., A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 97.

⁸³² Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2009, cit.

meri graffi o stati ansiosi possano integrare la circostanza *de qua*⁸³³.

Particolarmente discutibile l'aggravio di pena connesso alle lesioni gravissime che determinerebbe una cornice edittale da sei a quindici anni per i fatti di cui al primo comma, paradossalmente inferiore nel minimo e pari nel massimo alla pena prevista per il meno grave reato di maltrattamenti in famiglia aggravato dalle lesioni gravissime^{834 835}. Non risulta chiara la ragione per cui il legislatore non abbia previsto un maggiore aumento per l'aggravante in oggetto, al fine di evitare tale profilo di irragionevolezza sanzionatoria⁸³⁶.

Analogamente a quanto accade in relazione agli altri delitti aggravati dall'evento previsti nel nostro ordinamento, le lesioni aggravatrici del reato di tortura non devono essere sorrette dal dolo poiché, se così fosse, ricorrerebbero gli elementi costitutivi tipici di cui all'art. 582 c.p., eventualmente aggravato, in concorso con la fattispecie di cui all'art. 613-bis⁸³⁷c.p. L'aggravante in questione, quindi, non trova applicazione qualora il reo abbia intenzionalmente cagionato le lesioni al soggetto passivo⁸³⁸. Dal punto di vista del criterio di imputazione soggettiva, quindi, si deve ravvisare la colpa, dovendo essere le lesioni personali prevedibili in concreto, ciò sia che si ritengano i delitti aggravati dall'evento ipotesi circostanziali⁸³⁹, sia reati autonomi⁸⁴⁰, rientranti

⁸³³ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9.

⁸³⁴ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto*, cit., 13; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 166; F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 14.

⁸³⁵ Una divergenza sul piano sanzionatorio tra delitto di tortura aggravato e delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi aggravato ex art. 572 comma 2 c.p., si riscontra in relazione alla fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 613-bis, ossia con riguardo ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio aggravati dalle lesioni gravissime (diciotto anni di reclusione come massimo edittale). In tal senso, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 249.

⁸³⁶ Come è stato sottolineato, in alternativa, proprio per evitare tale ambiguità nel sistema, il legislatore avrebbe potuto anche prevedere una più alta cornice sanzionatoria per il fatto base, in modo tale che con il medesimo innalzamento di pena previsto per l'aggravante *de qua*, la forbice edittale sarebbe stata più elevata rispetto a quella dai sette ai quindici anni prevista per i maltrattamenti aggravati dalle lesioni gravissime. Cfr., I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 166.

⁸³⁷ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 247; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2118.

⁸³⁸ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9.

⁸³⁹ In tal senso, S. RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936, 132 ss.

nello schema della preterintenzione⁸⁴¹.

Si ripresenta, anche a questo proposito⁸⁴², la problematica di un effetto vanificatore dell'applicazione di una circostanza aggravante, in seguito ad un eventuale giudizio di bilanciamento. Qualora si concordi con quella parte della dottrina e giurisprudenza che ritiene i delitti aggravati dall'evento quali ipotesi circostanziate di reato, si vedrebbe applicato l'art. 69 c.p., con il rischio della vanificazione della scelta legislativa in merito alla particolare gravità di alcuni eventi. Con la dichiarazione di prevalenza o di equivalenza delle circostanze attenuanti, invero, potrebbe essere posto nel nulla l'aumento di pena connesso alle lesioni. Al fine di scongiurare una tale ipotesi, sarebbe stato opportuno, quindi, prevedere un limite al giudizio di bilanciamento, oppure aderire all'indirizzo interpretativo che inquadra la fattispecie aggravata dall'evento quale reato autonomo, rientrante nello schema della preterintenzione, non potendosi, così, effettuare alcun giudizio di bilanciamento⁸⁴³.

12. La verifica dell'evento morte

L'ultimo comma dell'art. 613-bis c.p. prevede due ulteriori circostanze aggravanti ad effetto speciale, delle quali una innalza la pena ad anni trenta di reclusione, qualora dal fatto derivi la morte quale conseguenza non voluta dal reo, l'altra impone la pena dell'ergastolo nel caso in cui la morte sia cagionata volontariamente. Da molti autori è stata contestata la previsione di una pena fissa di trent'anni soprattutto alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi con riguardo al rapporto tra le «*pene fisse*» e quelle «*proporzionali*», il cui riferimento fondamentale è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 1980⁸⁴⁴, secondo la quale il trattamento sanzionatorio

⁸⁴⁰In tal senso, C. F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1963, 443 ss; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1980, 209 ss.

⁸⁴¹Per un'analisi dei delitti aggravati dall'evento, cfr., G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 651-654; P. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op. cit.*, 472.

⁸⁴²V., *supra*, par. 6.2.

⁸⁴³G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss.

⁸⁴⁴Corte Cost., 2 - 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 733, con nota di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. In virtù di tale pronuncia, il

del singolo condannato deve essere *«individualizzato»* e rispondente al canone costituzionale di personalità della responsabilità penale (ex art. 27 c. 1 Cost.). Al fine di superare, però, il dubbio di legittimità costituzionale, è necessario che, in base ad una valutazione da effettuarsi caso per caso, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente *«proporzionata»* rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili alla particolare tipologia di reato. A parere di chi scrive, sembra che il dubbio di legittimità costituzionale non abbia ragion d'essere. Il reato di tortura, cui fa seguito la morte del soggetto passivo, rappresenta un crimine decisamente efferato e, come è noto, già nella sua forma base rientra tra i crimini contro l'umanità. La previsione di una pena edittale fissa non si estende oltre i limiti sanciti dalla Costituzione alla potestà punitiva. La pena detentiva pari a trent'anni è del tutto coerente con l'impianto codicistico ed, in particolare, non si tratta di una formulazione del tutto nuova, sia dal punto di vista della struttura che del trattamento sanzionatorio, poiché riprende quanto già disciplinato in relazione alle fattispecie di cui all'art. 289-*bis* (sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione) e 630 c.p. (sequestro di persona a scopo estorsivo)⁸⁴⁵. Disquisire sulla proporzione tra il tipo di illecito ed il livello sanzionatorio *«significherebbe sovrapporre altre valutazioni di merito a quella operata dal legislatore nell'ambito di una sua*

Giudice deve tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, conformemente al principio di uguaglianza ed a quello di legalità della pena il quale, in collegamento con l'art. 27 comma 1 e 3 Cost., postula il sistema nel quale l'attuazione della giustizia distributiva esige la differenziazione, più che l'uniformità. Come è stato precisato nella pronuncia *de qua* «*va ribadita l'esigenza di un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte, sicché in generale previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale che pone limiti alla potestà punitiva in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale*». Nello stesso senso cfr., Corte Cost., 25 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 222, in tema di pene accessorie nei delitti di bancarotta. Per un commento, v. P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 2, 216 ss.

⁸⁴⁵ L'unica critica che può essere rivolta concernente la tematica in oggetto, risulta essere una carenza di *«dosimetria sanzionatoria»* delle aggravanti del delitto *de quo* rispetto alla fattispecie base punita con la reclusione da quattro a dieci anni. Cfr., E. SCAROINA, *op. cit.*, 304.

competenza esclusiva»⁸⁴⁶. Inoltre è opportuno ricordare come a graduare la pena possano intervenire le circostanze attenuanti comuni e quelle generiche⁸⁴⁷, adeguando al caso concreto una sanzione rigida e personalizzando, così, la pena stessa⁸⁴⁸.

Priva di fondamento pare, altresì, la critica da alcuni sollevata in merito alla mancanza di ragionevolezza rispetto ai reati di cui agli artt. 584 e 586⁸⁴⁹, vista la maggior gravità del crimine in questione.

Un'inutile duplicazione di quanto già disciplinato a livello sanzionatorio pare la previsione della pena dell'ergastolo, la quale risulta applicabile alla luce della previsione dell'art. 577 c.p. n. 4, nei casi in cui l'omicidio volontario di cui all'art. 575 c.p. sia commesso, tra l'altro, con il concorso di taluna delle circostanze aggravanti indicate nei numeri 1 e 4 dell'art. 61 c.p., in particolare

⁸⁴⁶ C. E. PALIERO, *Pene fisse*, cit., 739.

⁸⁴⁷ Secondo parte della dottrina le attenuanti generiche surrogerebbero proprio i meccanismi di cui all'art. 133 c.p., costituendo le stesse un «*momento di discrezionalità del tutto omogeneo allo schema dell'art. 133*». Per un'analisi di tale tesi, v., G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 158 ss; impostazione che è emersa con insistenza nella giurisprudenza di legittimità; cfr., Cass., 23 novembre 1972, in *Cass. pen. mass. Ann.*, 1973, 1473; Cass., 30 maggio 1972, ivi, 1973, 1210. *Contra*, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 156; C. E. PALIERO, *Pene fisse*, cit., 738; A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 85.

⁸⁴⁸ In particolare, in alcuni casi giudiziari è stata riconosciuta l'applicazione in concreto dell'art. 62, n. 1 c.p., ossia della circostanza attenuante comune del particolare valore morale o sociale dell'agire umano. Nel caso *Dozier*, infatti, il Tribunale di Padova (sentenza del 15 luglio 1983), dopo aver espresso un «*severo giudizio giuridico e morale*» sulla gravità del comportamento incriminato, ha ritenuto applicabile la circostanza attenuante *de qua*. Sulla scorta della dottrina, la giurisprudenza di merito ha riscoperto l'applicabilità della stessa anche in relazione ai reati più gravi (cfr., *ex multis*, Corte d'Assise d'App., Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. merito*, 1983, 961 ss; Trib. Roma, 23 aprile 1980, in *Foro it.*, 1980, II, 451; Il motivo di particolare valore che viene enfatizzato è rappresentato «*dallo zelo, (ancorché eccessivo) di pubblici funzionari o di militari*». La riscoperta giurisprudenziale, quindi, risiede «*nella più puntuale considerazione dei motivi soggettivi a delinquere, alla luce di valori oggettivi di difesa della società, il cui significato morale o sociale viene colto a prescindere dalla liceità/illiceità giuridica dei mezzi*». Sicuramente non si deve ritenere che il riconoscimento dell'attenuante equivalga «*all'approvazione giuridica*» della condotta posta in essere e rappresenta «*un amaro riconoscimento delle tensioni tra valori diversi, che rendono strutturalmente problematico il rapporto tra funzionalità e garanzie della giustizia penale*». D. PULITANO, *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, II, 1984, 236-238.

⁸⁴⁹ Si pensi al caso in cui il soggetto agente volontariamente percuota la vittima e la stessa deceda a seguito della percossa. Pare evidente la minor gravità rispetto al caso in cui il reo con una pluralità di atti violenti o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagioni nei confronti di chi si trovi in uno stato di sottoposizione acute sofferenze fisiche ovvero un verificabile trauma psichico ed a seguito di ciò si determini un ulteriore evento, ossia la morte del soggetto passivo.

con l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà (art. 61 n. 4 c.p.). Pertanto, per vedere applicata la pena dell'ergastolo sarebbe stato sufficiente richiamarsi alle suddette norme, le quali, di per sé, avrebbero permesso di giungere alla medesima pena stabilita dall'ultimo comma dell'art. 613-bis c.p. Con riguardo a tale seconda parte del quinto comma, avendo il legislatore espressamente richiesto che l'evento aggravatore debba essere sorretto dal coefficiente psicologico del dolo e non meramente dalla colpa, la dottrina è stata indotta a ritenere improprio il ricorso alla categoria dei delitti aggravati dall'evento, ravvisando la figura del reato complesso *ex art. 84 c.p.*, che esclude l'applicazione dell'art. 575 c.p., come chiarito dalla Corte di Cassazione^{850 851}.

La pena dell'ergastolo non passa di certo inosservata in un contesto storico in cui è particolarmente acceso il dibattito sulla compatibilità di detta sanzione con l'evoluzione degli ordinamenti democratici e la risocializzazione del condannato⁸⁵², quale aspetto positivo della prevenzione speciale, sancito a livello costituzionale, nell'art. 27 comma terzo della Costituzione, ove viene sottolineato che le pene devono tendere alla rieducazione. Da questo punto di vista «*l'obiettivo del reinserimento del reo nel tessuto sociale è, allora, in contrasto con una durata della detenzione illimitata o con l'ergastolo*»⁸⁵³ e si giungerebbe al «*paradosso di uno Stato che colpisce la tortura, apoteosi di inumanità, con la pena più inumana: quella perpetua*»⁸⁵⁴. Ciò nonostante, occorre rammentare che sino alla pronuncia n. 149/2018 della Corte

⁸⁵⁰ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 9; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 250.

⁸⁵¹ Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, 705; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2009, n. 13544, in *C.E.D.*, rv 243131.

⁸⁵² Cfr., M. PASSIONE, L. EUSEBI, *Giustizia: reato di tortura? Cambiatelo, o sarà inutile*, 16 dicembre 2014, in (web) – <http://www.ristretti.org>.

⁸⁵³ U. NAZZARO, *L'insufficiente descrizione normativa*, cit., 24. La questione era stata posta all'attenzione del legislatore durante la discussione in prima seduta nell'aula del Senato del progetto dal Sen. Barani, in data 12 febbraio 2014, secondo cui «*in un ordinamento non possiamo prevedere l'ergastolo, che è un'ulteriore tortura*». Sul tema della pena perpetua cfr., E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. contemp.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 dicembre 2018, 1 ss.

⁸⁵⁴ S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 17.

costituzionale⁸⁵⁵, la giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo si era attenuata ad una difesa di principio di tale pena, sia nella versione comune che ostativa. Il Giudice delle leggi, invero, non si è mai posto totalmente in contrasto con l'ergastolo⁸⁵⁶, ma ha cercato di incrementare a più riprese gli spazi di istituti penitenziari che possano aprire al reo una prospettiva di reinserimento all'interno della società⁸⁵⁷. Non è questa la sede per indagare sulla legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, nè per rispondere al quesito di antica formulazione, ossia se i giudici italiani, condannando taluno all'ergastolo, irrogano una pena costituzionalmente legittima⁸⁵⁸.

Se si riusciranno, però, a far valere le ragioni che inducono a ritenere che la pena perpetua non sia in linea con la Carta fondamentale, tale illegittimità dovrà essere ritenuta sussistente sin dalla fase della generale e astratta previsione normativa prevista nella parte generale del codice: perché una

⁸⁵⁵ Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149. La pronuncia segna una svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato per la prima volta incostituzionale negare i benefici ad alcune categorie di ergastolani. L'incostituzionalità investe frontalmente una forma di ergastolo che, rivolgendosi ad una ristretta gamma di destinatari, si colloca, almeno dal punto di vista statistico, ai margini del sistema sanzionatorio. E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. contemp.* (web) – www.penalecontemporaneo.it, 18 luglio 2018, 1-2. In tema di ergastolo ostativo, cfr., nella recente letteratura, AA.VV., *“Ergastolo ‘ostativo’: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito”*, *Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 15 novembre 2017; A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018, *passim*; F. FIORENTIN, *L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in fasc. 3/2018, 5 ss.

⁸⁵⁶ Corte cost., 21 novembre 1974 n. 264 (con riguardo all'ergastolo comune). Nella sentenza *de qua* si legge, fra l'altro, che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione [...] non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole». Cfr., altresì, C. Cost., 9 aprile 2003, n. 135 (la quale ha esteso la patente di legittimità all'ergastolo ostativo).

⁸⁵⁷ In tal senso, E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale*, cit., 1-2.

⁸⁵⁸ Cfr., L. GULLO, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, in *Democrazia e Diritto*, 2/1960, 56 riportato in A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 5 marzo 2013, 1-2.

sanzione che si riveli a monte incostituzionale non può essere giurisdizionalmente «inflitta né, prima ancora, legislativamente minacciata»⁸⁵⁹. Non avrebbe, inoltre, ragion d'essere sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 613-bis c. 5 c.p., nella parte in cui prevede la pena dell'ergastolo a seguito della morte del soggetto passivo per mano del torturatore, dato che mai prima ad ora⁸⁶⁰ il problema si è posto in ordine a quanto analogamente disciplinato nell'art. 630 comma 3 ovvero nell'art. 289- bis comma 3 c.p..

13. Il trattamento sanzionatorio: ulteriori rilievi critici

Tra gli aspetti maggiormente criticati in relazione al tema della tortura vi è sicuramente la carenza di una effettiva punizione nei confronti degli autori del crimine *de quo*. Come già in precedenza osservato, nei procedimenti genovesi giunti all'attenzione della Corte di Strasburgo ed in relazione ai quali è costata la condanna al nostro Paese, le pene per le violenze perpetrate dagli agenti di polizia non videro mai una concreta applicazione. Ciò accadeva in quanto, mancando una fattispecie *ad hoc* nel nostro ordinamento volta a reprimere la tortura, si applicava la batteria di norme repressive vigenti, con l'effetto di veder applicati i benefici garantiti dai termini brevi di prescrizione previsti per tali reati e l'indulto di cui alla L. n. 241/2006⁸⁶¹. La prolungata mancanza di una pertinente fattispecie penale ha, fino ad oggi, condannato la Corte costituzionale all'impotenza: l'anomia legislativa, infatti, le ha precluso un

⁸⁵⁹ A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., 2

⁸⁶⁰ La sentenza della Corte costituzionale n. 149/2018 sopra menzionata non è stata sollevata, si badi, direttamente in relazione alle fattispecie di sequestro di persona a scopo estorsivo e sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione nella parte in cui prevedono la pena dell'ergastolo a seguito della morte del soggetto passivo del reato. Con la stessa è stato dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 58-*quater*, comma 4, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui «prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non siano ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni».

⁸⁶¹ «Il contesto di omertà che accompagnava le vicende di tortura, oltre all'individuazione di testimoni differenti dalla vittima, da sempre hanno rappresentato ostacoli seri all'istruzione di un processo[...].Il conto alla rovescia della prescrizione e la sua brevità sono finite, così, per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria». A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 139.

qualsiasi innesto manipolativo⁸⁶².

Si discute se sia presente nel diritto internazionale una consuetudine riguardante l'imprescrittibilità delle più grandi violazioni dei diritti umani. Non vengono in soccorso la Convenzione delle Nazioni Unite, né la Convenzione di Strasburgo sulla non applicabilità della prescrizione ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, in quanto mai ratificate dall'Italia⁸⁶³ e non esiste una vera e propria «*imposizione*» da parte del diritto internazionale di prevedere la prescrizione di un così grave crimine⁸⁶⁴.

Va, però, tenuto in considerazione che la Convenzione Onu contro la Tortura impone pene «*adeguate alla gravità del reato*». Da ciò ne discende che pene particolarmente lievi, soggette, quindi, a brevi termini prescrizionali, lascerebbero spazio ad ampi margini di impunità, in violazione dell'obbligo medesimo⁸⁶⁵.

La tortura, inoltre, così come le altre gravi violazioni dei diritti umani rientranti nella giurisdizione della Corte Penale Internazionale, è ritenuta imprescrittibile dall'art. 29 dello Statuto di Roma, che il nostro Paese ha ratificato da ormai molti anni⁸⁶⁶. Ciò nonostante, l'Italia non ha ancora adottato una legislazione adeguata e specifica in materia di crimini internazionali⁸⁶⁷, la quale

⁸⁶² A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 407. V., *supra*, par. 2.

⁸⁶³ Si deve dare atto che solo un numero limitato di Stati ha firmato la Convenzione delle Nazioni Unite sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 26 novembre 1968 ed entrata in vigore l'11 novembre 1970 e la Convenzione di Strasburgo sulla non applicabilità della prescrizione ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità del 25 gennaio 1974, in vigore sul piano internazionale dal 27 giugno 2003.

⁸⁶⁴ V. G. SERRANÒ, *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2018, 2, 355.

⁸⁶⁵ Prima della Novella del 2017 erano emerse alcune perplessità da parte di alcuni Autori che ravvisavano nella imprescrittibilità dei reati comuni integranti la tortura una omissione legislativa *contra legem*, in violazione degli artt. 13 comma 4 e 117 comma 1 Cost. Cfr., S. SENESE, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in S. ANASTASIA, (a cura di), *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 101.

⁸⁶⁶ L'Italia è stata tra i primi Paesi firmatari del trattato istitutivo della Corte Penale Internazionale ed il quarto a depositare lo strumento di ratifica di tale trattato, tramite legge n. 232 del 1999. Lo Statuto della Corte Penale Internazionale è entrato in vigore il 1° luglio 2002, al raggiungimento della sessantesima ratifica richiesta dall'articolo 126 ICCSt.

⁸⁶⁷ Sebbene non imposto come dovere agli Stati parte, l'adattamento domestico allo Statuto della Corte Penale Internazionale doterebbe la giurisdizione italiana degli strumenti sostanziali necessari al perseguimento dei crimini internazionali, in modo conforme alle prescrizioni dello Statuto di Roma, il quale disciplina la relazione tra i propri Stati membri e la Corte Penale

assumerebbe «un rilievo fondamentale in vista dell'adesione allo “spirito” dello Statuto della Corte Penale Internazionale» e garantirebbe un adempimento, in senso più ampio, ai «cosiddetti obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali nel contesto dei procedimenti giudiziari domestici»⁸⁶⁸. Tale carenza ordinamentale rende «concreto il rischio che gli organismi deputati alla verifica dell'adeguamento della normativa interna alle prescrizioni del diritto internazionale, muovano censure nei confronti dell'ordinamento italiano per tale mancanza», soprattutto se a ciò si aggiunge che, a differenza di quanto era stato stabilito nel testo approvato dalla Camera in prima lettura nel 2015, è stata eliminata la disposizione volta ad estendere l'applicazione del sesto comma dell'art. 157 c.p. (ossia il raddoppio dei termini di prescrizione, che include perfino ipotesi punite a titolo di colpa), al nuovo articolo 613-bis c.p.⁸⁶⁹. E' stata da molti considerata una «grave omissione»⁸⁷⁰, se si considera che il Comitato contro la Tortura⁸⁷¹ e la Corte EDU avevano già evidenziato profili critici di incompatibilità del modello legale della prescrizione vigente nel nostro ordinamento, rispetto agli *standard* di tutela dei diritti

Internazionale secondo il principio di complementarietà. Sul punto, cfr., M. CRIPPA, *Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. contemp. (web)* - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 27 ottobre 2016, 1-2.

⁸⁶⁸ *Ibidem*.

⁸⁶⁹ Stupisce la circostanza che, con la legge 133 del 2016, nell'elenco dei reati per i quali il legislatore concede più tempo alla macchina processuale per portare a termine il suo compito siano ricompresi la frode in processo penale e il depistaggio in relazione a procedimenti per determinati, gravi reati (art. 375 co. III c.p.), mentre analoga situazione non si sia verificata con la l. 110/2017, istituiva del delitto di tortura. Come è stato sottolineato da parte della dottrina, «Immutare artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato, il mendacio o la reticenza davanti all'autorità giudiziaria del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio non meritano, secondo il legislatore del 2017, tempi di prescrizione più lunghi se la frode o il depistaggio sono commessi in un procedimento per tortura: una scelta sconcertante, alla luce dell'esito delle vicende processuali del G8 di Genova e, soprattutto, delle relative sentenze della Corte EDU, che hanno ribadito la necessità che, in materia di tortura o maltrattamenti inflitti da agenti dello Stato, non siano ammesse grazia, amnistia o prescrizione». A. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 20.

⁸⁷⁰ A. AMATO, M. PASSIONE, *ivi*, 19; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 157.

⁸⁷¹ Comitato contro la Tortura, *Osservazioni conclusive sull'Italia*, CAT/C/ITA/CO/ 5-6, (par. 12-13), 6 dicembre 2017.

fondamentali⁸⁷². E' proprio la giurisprudenza di Strasburgo che, nell'ottica della valorizzazione di una visione «vittimocentrica» del diritto penale⁸⁷³, ha previsto nei confronti degli Stati veri e propri obblighi di tutela penale⁸⁷⁴ a salvaguardia della vittima⁸⁷⁵ delle lesioni di determinati diritti fondamentali, aventi efficacia vincolante nei confronti del legislatore interno, così come previsto nelle sentenze gemelle 348 e 349 della Corte costituzionale. Per quanto qui di interesse, riprendendo l'aspetto essenziale degli stessi, giova rammentare la distinzione tra obblighi «negativi» e «positivi». I primi prevedono un divieto nei confronti degli organi e dei poteri in grado di impegnare la responsabilità dello Stato «*di porre in essere condotte direttamente lesive del diritto individuale in questione*», indicati anche con

⁸⁷² E' bene sottolineare che l'art. 4 della CAT impone un vero e proprio obbligo di criminalizzazione della tortura (lasciando agli Stati libertà nell'introduzione di un reato *ad hoc*, purché assistito da pena adeguata al disvalore del fatto, e non scalfito dalla prescrizione) e che analoga disposizione non viene prevista nell'art. 16 della Convenzione in relazione ai trattamenti inumani o degradanti, nonostante la loro inclusione nell'art. 3 Cedu (in relazione ai quali non vi è dunque obbligo di incriminazione, e neanche degli ulteriori presidi convenzionali).

⁸⁷³ R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2006, 178 ss.; C. E. PALIERO, *La fabbrica del golem*, in *Riv. dir. pen e proc.*, 2000, 466 ss; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 167 ss; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 33 ss; F. VIGANÒ, *Il diritto penale italiano davanti ai giudici della Cedu*, in *Giur. mer.*, suppl. vol. XL – dicembre 2008, n. 12, 2008, 85; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 244; ID., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.

⁸⁷⁴ Con riguardo alla progressiva enucleazione degli obblighi di tutela penale nella giurisprudenza di Strasburgo si veda, in dottrina, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, *passim*; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento penale*, Torino, 2006, 255 ss; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione*, cit., 181 ss; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, 2008, 226 ss; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea*, cit., 60 ss; ID., *Il diritto penale sostanziale*, cit., 84 ss.

⁸⁷⁵ E' bene precisare come una serie di obblighi discendano, non solo dalla giurisprudenza della Corte Edu in virtù dell'art. 3, bensì anche dalla CAT. Si tratta di obblighi precisi e dettagliati che comprendono, oltre all'obbligo scontato di astenersi dalla pratica di tortura, anche una serie di obblighi che riguardano il modo in cui il sistema penale è tenuto a «rispondere alla tortura: attraverso una definizione di fattispecie, la previsione di sanzioni, ma anche attraverso l'esclusione di scriminanti e l'attuazione di meccanismi di cooperazione con altri stati». Il diritto internazionale in materia costituisce una sorta di «punta avanzata» del diritto internazionale dei diritti umani. A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 359.

l'espressione «violazioni dirette»⁸⁷⁶; i secondi, invece, impongono di attivarsi per garantire ai singoli il godimento di un diritto individuale oggetto di protezione, al fine di garantire una «tutela effettiva»⁸⁷⁷ dei diritti di coloro che rientrano nella giurisdizione dello Stato, denominati anche «violazioni indirette»⁸⁷⁸. Obblighi positivi che si suddividono in «sostanziali», i quali comportano che lo Stato conformi il proprio ordinamento allo scopo di dissuadere la lesione del diritto fondamentale, ponendo anche un dovere di prevenirne l'offesa nel singolo caso ed in «procedurali», questi ultimi operanti solo laddove la violazione del diritto sia stata commessa e consistenti nel dovere, in capo allo Stato membro, di attivare e condurre indagini effettive, capaci di identificare i responsabili della violazione di un diritto fondamentale e punirli in maniera effettiva⁸⁷⁹.

Sebbene già intorno agli anni 2000 il tema della prescrizione era stato oggetto di attenzione da parte dei Giudici di Strasburgo⁸⁸⁰, mai la Corte aveva ravvisato una incompatibilità in astratto della prescrizione con gli obblighi convenzionali di tutela penale, né assunto una posizione critica nei confronti dell'istituto⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ C. PEZZIMENTI, *L'incidenza della prescrizione sulla piena tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato*, in F. M. CORTESI, E. LA ROSA, L. PARLATO, N. SELVAGGI, (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, 2016, 105; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, cit., 247.

⁸⁷⁷ La giurisprudenza di Strasburgo pone molto l'accento sulla «dimensione dell'effettività, invece che su quella funzione simbolico-espressiva che spesso presiede le riforme introdotte dal legislatore nazionale». Così, A. BALSAMO, *L'art. 3 della Cedu e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2014, 3926.

⁸⁷⁸ E. NICOSIA, *Convenzione europei dei diritti dell'uomo e diritto penale?*, Torino, 2006, 255-288 e 324-327; C. PEZZIMENTI, *L'incidenza della prescrizione sulla piena tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato*, in F. M. CORTESI, E. LA ROSA, L. PARLATO, N. SELVAGGI (a cura di), *op. cit.*, 105; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, cit., 247.

⁸⁷⁹ A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2011, 2806; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale?*, cit., 269 ss. *Il leading case*, in proposito, è *McCann c. Regno Unito*, ricorso n. 18984, sent. 27 novembre 1995, par. 161 e concerne l'art. 2 CEDU. La presenza di questi obblighi definiti procedurali, discendente dagli artt. 2 e 3 CEDU, è stata analizzata da una vasta giurisprudenza, le cui linee fondamentali sono tracciate in F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, cit., 92. V., *supra*, cap. 1, par. 3.1.

⁸⁸⁰ Cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2000, *Cöeme e altri c. Belgio*, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96.

⁸⁸¹ Da ciò ne discendeva la conseguenza che in base alle peculiarità del sistema penale di ciascuno Stato, ogni ordinamento poteva legittimamente disciplinare l'istituto della prescrizione in maniera differente. E. NICOSIA, *op. cit.*, 106 ss.; C. PEZZIMENTI, *L'incidenza della prescrizione sulla piena tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato*, in F. M.

Solo negli ultimi anni si è assistito ad un *revirement*. In particolare, è proprio in relazione al nostro Paese che è emersa una situazione decisamente allarmante, spingendo i giudici a valutare l'impatto del modello italiano di prescrizione del reato sulla piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della vittima. E' tendenza recente quella di aver adottato un atteggiamento più severo nei confronti degli istituti giuridici, quali le cause di estinzione della punibilità del reato (tra cui si annovera la prescrizione), sanzionando le modalità con cui esse sono state applicate in concreto e, più specificamente, «*stabilendo che, a certe condizioni, la loro applicazione può comportare la violazione del diritto delle vittime al ricorso effettivo*»⁸⁸².

E' proprio in quest'ottica che la Corte di Strasburgo, a partire dal combinato disposto degli artt. 1 e 3 CEDU, sottolinea come non sia sufficiente che uno Stato si limiti a prevedere sulla carta pene per la violazione di un diritto fondamentale, ma è necessario che lo stesso sia in grado di assicurare l'*enforcement* di tali incriminazioni, mediante la concreta esecuzione delle pene stesse⁸⁸³. La Corte in definitiva esige che, una volta stabilita la colpevolezza del responsabile della violazione, «*questi sia anche concretamente punito e non possa fuggire alla pena per effetto di una causa di non punibilità sopravvenuta di indole sostanziale o processuale, quale la prescrizione, l'amnistia o l'indulto, o ancora un provvedimento di grazia individuale*»⁸⁸⁴.

Molteplici sono stati gli sforzi da parte delle autorità giudiziarie interne per evitare la violazione procedurale dell'art. 3 CEDU, laddove la prescrizione si è

CORTESI, E. LA ROSA, L. PARLATO, N. SELVAGGI (a cura di), *op. cit.*, 107; V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. internaz.*, fasc. 4, 2011, 1183.

⁸⁸² V. SPIGA, *ibidem*.

⁸⁸³ Cfr., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 252; più in generale F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Vol. IV, 2011, 2673.

⁸⁸⁴ F. VIGANÒ, *ivi*, 2674. La Corte Edu, in particolare, ha affermato questo principio nei casi di atti di tortura commessi da pubblici agenti, precisando che in caso di rinvio a giudizio per tali atti, qualora sussistano seri indizi che facciano propendere per la commissione della violazione da parte di un pubblico ufficiale, prima dell'accertamento della sua responsabilità all'esito del giudizio, deve essere sospeso in via cautelare dal servizio.

rivelata decisiva. Non si può non rammentare, infatti, come con riguardo ai fatti di Bolzaneto, il Procuratore generale di Genova avesse sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 157 c.p., per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 3 CEDU⁸⁸⁵. La questione venne dichiarata manifestamente infondata⁸⁸⁶ in virtù dell'art. 25 Cost., in quanto si sarebbe scontrata con la barriera del divieto di effetti di pronunce in *malam partem*^{887 888}, costituendo, altresì, il frutto di un'indebita attività di creazione

⁸⁸⁵ In particolare, l'articolo menzionato contrastava con l'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, nella parte in cui non prevedeva l'imprescrittibilità dei fatti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, comunque qualificati ai sensi del diritto interno. Come è noto, alla CEDU viene riconosciuto rango «sub-costituzionale» (cfr., in merito, V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 9 ss; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, 432 ss; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum dei Quaderni cost.*, (web) - <http://www.giurcost.org>, 2008, 1- 4). Le autorità giudiziarie dell'ordinamento nazionale devono interpretare le norme interne conformemente ai principi sanciti nella CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU. (Per un approfondimento sul tema della interpretazione conforme alla CEDU, cfr., V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 luglio 2012, 7 ss.). In caso di contrasto tra una norma interna e una previsione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed in mancanza di una interpretazione conforme alla stessa, deve essere sollevata questione di legittimità costituzionale, proprio in violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. (Sul tema v., A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Riv. Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2014, 30 maggio 2014).

⁸⁸⁶ Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in www.iusexplorer.it, punto 1 del Considerato in diritto, in cui si richiama la pronuncia della Corte costituzionale, 1 agosto 2008, n. 324, in *Giur. cost.*, 2008, 3459 ss. In particolare la questione stessa «si scontra contro principi fondamentali del sistema penale costituzionale», e in particolare con il divieto per la Corte costituzionale di adottare pronunce il cui effetto sia quello «di incidere in *peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione».

⁸⁸⁷ E. D'IPPOLITO, *La sentenza "Diaz", tra pulsioni in malam partem e tipi d'autori "simpatichi" e "antipatici": qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2013, 2240 ss.; A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2011, 1134 ss; A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019, 182; E. ZUCCA, *Chiamatela come volete*, cit., 77.

⁸⁸⁸ In senso critico, M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo delle norme costituzionali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale*, cit., 4160; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 343; M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009,

del diritto da parte del Giudice delle leggi⁸⁸⁹. Secondo la Corte, quindi, il rimedio alla denunciata violazione convenzionale sarebbe rientrato nell'esclusivo compito del legislatore nazionale, essendo preclusa alla Corte costituzionale la modifica *in peius* della disciplina legislativa della prescrizione del reato.

Con l'introduzione del delitto di tortura in Italia, sembra che tali obblighi procedurali non siano stati propriamente rispettati, dal momento che il legislatore non ha previsto delle disposizioni *ad hoc* con riguardo alla prescrizione quali, ad esempio, termini più lunghi, ovvero deroghe ai termini generali di sospensione⁸⁹⁰.

Soffermando l'attenzione sugli aspetti delle varie riforme sulla prescrizione, destinati ad avere più punti di contatto con la nuova fattispecie incriminatrice, pare opportuno sottolineare le modifiche apportate all'art. 159 commi 2 e 3 (sospensione del corso della prescrizione), che rappresentava il vero fulcro della riforma del 2017 sotto l'aspetto sostanziale. Si prevedeva, infatti, che venissero elevate a causa di sospensione del decorso della prescrizione le sentenze di condanna non definitive (anche se emesse in sede di rinvio), per il periodo intercorrente tra la scadenza del termine per il deposito delle motivazioni e la lettura del dispositivo della sentenza nel grado di giudizio successivo, fermo restando che tale periodo di sospensione potesse avere una durata massima di diciotto mesi, oltre i quali la prescrizione ricominciasse a decorrere, anche laddove il grado di giudizio successivo non fosse ancora giunto a sentenza⁸⁹¹. In realtà, come è stato osservato, non pare

428 ss; V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz. Il legislatore negligente, gli obblighi internazionali e la Corte costituzionale*, in *St. iuris*, 2012, 423.

⁸⁸⁹ A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 ottobre 2012, par. 4.

⁸⁹⁰ Cfr., A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato*, cit., 182; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 252.

⁸⁹¹ Per un quadro generale della riforma è bene precisare che essa prevedeva infatti due eventuali e successivi periodi di sospensione della prescrizione, dopo la condanna in primo e in secondo grado, ciascuno per un tempo non superiore a un anno e sei mesi, dipendenti dall'esito di condanna del giudizio, concedendo tre anni in più per arrivare a

che ciò garantisca un concreto adempimento degli obblighi sovranazionali cui si è accennato, in quanto si potrebbe intravedere il rischio che un tempo di diciotto mesi non sia sufficiente a contrastare il fenomeno crescente delle prescrizioni sopraggiunte in appello⁸⁹². E' bastato il successivo intervento del legislatore con la Legge c.d. *Spazzacorrotti*⁸⁹³ a cancellare con un tratto di penna una riforma approvata, piaccia o meno, poco più di un anno prima con la Riforma Orlando⁸⁹⁴, sostituendo le modifiche apportate da quest'ultima. In particolare, il precedente art. 159 comma 2 è stato sostituito da quella che, «impropriamente»⁸⁹⁵, rappresenterebbe una nuova ipotesi di sospensione del

una sentenza definitiva, evitando la prescrizione del reato. Ciò, peraltro, solo in caso di condanna confermata nel grado successivo: in caso di proscioglimento dell'imputato o di annullamento della condanna per vizi procedurali, in appello o in Cassazione, nel computo del termine di prescrizione del reato, doveva tenersi conto anche del tempo in cui il processo fosse rimasto sospeso, con conseguente neutralizzazione degli effetti della sospensione. In altri termini, la riforma Orlando diversificava il termine di prescrizione del reato per gli assolti e per i condannati in appello. G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema Penale*, (web)-<http://www.sistemapenale.it>, 21 gennaio 2020, par. 6.1.

⁸⁹² Come emerge dalle statistiche giudiziarie, l'incidenza maggiore della prescrizione si ha proprio nel grado di appello, in cui un procedimento ogni quattro si conclude con una declaratoria di prescrizione del reato, con mancato accertamento delle responsabilità e notevole dispendio di risorse pubbliche. Sul punto, F. MORELLI, *Brevi spunti su talune questioni controverse in materia di prescrizione*, in *Sistema penale* (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 26 febbraio 2020. Si afferma, altresì, che l'appello è il grado in cui «il fenomeno ha dimensioni patologiche». V., G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, cit., par. 6.

⁸⁹³ Si tratta della Legge 9 febbraio 2019, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio 2019. La riforma Bonafede si è spinta oltre la riforma Orlando, che ha contestualmente abrogato: ha previsto, infatti, l'interruzione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (o il decreto penale di condanna); ha cioè reso impossibile la prescrizione nei giudizi di impugnazione. Mentre la riforma Orlando aveva concesso tre anni in più per celebrare i giudizi di impugnazione, in caso di condanna, la riforma Bonafede, senza distinguere tra condanna e assoluzione in primo grado, ha escluso che il reato si possa prescrivere a processo in corso, dopo la conclusione del primo grado di giudizio. G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *ibidem*.

⁸⁹⁴ La riforma è stata differita di un anno, in quanto le disposizioni contenute all'art. 1, lett. d), e), f) della L. n. 3/2019, in virtù dell'art. 1 comma secondo della medesima, sono entrate in vigore il 1° gennaio 2020. Fino a quella data ha continuato a trovare applicazione la L. n. 103/2017.

⁸⁹⁵ L'utilizzo dell'espressione «impropriamente» è legato al fatto che, in caso di sospensione, il corso della prescrizione è destinato a riprendere. Come sottolineato da autorevole dottrina, il meccanismo introdotto dalla riforma non costituirebbe neanche una causa interruttiva del corso della stessa, data l'abrogazione del comma 1 dell'art. 160, che ravvisa nella sentenza di condanna e nel decreto di condanna degli atti interruttivi. Si tratta, più propriamente, «di una nuova regola relativa al decorso della prescrizione, che ne individua un nuovo dies ad quem».

corso della prescrizione del reato, ossia dalla pronuncia della sentenza di primo grado (o del decreto di condanna) fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio (o dell'irrevocabilità del decreto di condanna). «*Bloccando*» il corso della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado, sia essa di condanna o di assoluzione, si porrà fine al fenomeno, ormai, patologico della prescrizione maturata in appello. Se l'obiettivo della riforma è, però, quello di garantire una tutela effettiva delle vittime, il rischio che si palesa è quello di una ricaduta negativa in ordine alla ragionevole durata del processo⁸⁹⁶, in particolare nei giudizi di impugnazione, in violazione degli artt. 111 comma 2 Cost. e 6 CEDU frustrando, così, la domanda di giustizia che la riforma *de qua* si prefigge di soddisfare⁸⁹⁷. Sebbene alcuni parlino di processi senza fine è bene precisare che esistono da sempre reati giuridicamente o di fatto imprescrittibili, e nessuno si è mai posto, in relazione ad essi, il problema di processi infiniti e di imputati «*eterni giudicabili*»⁸⁹⁸.

In generale, comunque, si può asserire come, almeno negli intenti, la prima riforma del 2017 abbia comportato una dilatazione considerevole del tempo necessario a prescrivere il reato dopo il giudizio di primo grado, seppur limitatamente alle sentenze di condanna. La riforma Bonafede si è spinta ben oltre proponendo, per altro, una soluzione analoga a quella presente in altri Paesi e in particolare in Germania, dove il § 78b, comma 3 del codice penale

G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di Appello e di Cassazione*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 gennaio 2019, par. 3.

⁸⁹⁶ O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in *Sistema Penale* (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 21 gennaio 2020.

⁸⁹⁷ Come è stato sottolineato, infatti, non si può considerare «*la prescrizione del reato - che a processo in corso è una patologia del sistema - come un farmaco per curare la lentezza del processo, che è un'altra patologia del sistema. Un male non può rappresentare la cura di un altro male*». G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di Appello e di Cassazione*, cit., par. 7.

⁸⁹⁸ G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, cit., par. 1-2. In senso analogo, G. L. GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sistema penale* (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 09 dicembre 2019; G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, ivi, 13 gennaio 2020.

prevede che il termine di prescrizione del reato cessi definitivamente di decorrere nel momento in cui interviene la sentenza di primo grado⁸⁹⁹.

Per cercare di risolvere le lungaggini processuali ed evitare condanne della Corte di Strasburgo o del CPT, l'unica soluzione ipotizzabile è quella di intervenire su di un piano divergente da quello prescrizionale, investendo sulla giustizia penale con politiche di ampio respiro, incidendo su di una migliore organizzazione giudiziaria, con incremento delle risorse umane, maggiori interventi mirati di depenalizzazione ecc.⁹⁰⁰. Il problema della lesione del diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo esiste, quindi, a prescindere e ancor prima della riforma della prescrizione⁹⁰¹, risultando la prescrizione del reato «una patologia che si aggiunge ad una patologia»⁹⁰². Da questo punto di vista, pertanto, «non è la prescrizione ad assicurare la ragionevole durata del processo», risultando il blocco della prescrizione dopo il primo grado di

⁸⁹⁹ F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su "Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale"*, consultabile on line nel sito <http://www.penalecontemporaneo.it>. Cfr., altresì, M. HELFER, *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 novembre 2017, 102 ss.

⁹⁰⁰ V., G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *Sistema penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 13 gennaio 2020.

⁹⁰¹ D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *Sistema penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 26 febbraio 2020.

⁹⁰² G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, cit., par. 7. Gli Autori riportano il commento del Presidente della Corte d'Appello di Roma, nella sua Relazione annuale: «*quel che occorre sono uomini e mezzi, non norme*» (v., L. PANZANI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Presidente della Corte d'Appello di Roma*, riportata nel sito <http://www.giustizia.lazio.it>, 1 febbraio 2020, 140). Inoltre sottolineano una delle cause della durata dei processi «*come ogni servizio pubblico, per funzionare in modo efficiente la giustizia richiede investimenti da parte dello Stato, ad oggi insufficienti, per quanto anche di recente alcuni sforzi siano stati fatti. Si legge nella Relazione del Presidente Mammone (p. 30) che alla fine del 2019 i magistrati ordinari erano 9008 (in maggioranza donne: 54%) e lo scoperto è del 9,83%. A conti fatti, mancano 885 magistrati. La giustizia si regge non solo sui magistrati, ma anche sull'indispensabile apporto del personale amministrativo (compresi i cancellieri): lo scoperto, in questo caso, è del 22,82%; dato ancor più allarmante in considerazione dell'elevata età media del personale in servizio (54 anni)*».

giudizio, quindi, «*compatibile con [...] l'art. 111 comma 2 Cost.*»⁹⁰³.

Lascia perplessi, inoltre, l'inserimento all'interno dell'art. 161 comma 2 di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, in relazione ai quali l'interruzione della prescrizione può comportare un aumento della metà del tempo base necessario a prescrivere indicato nell'art. 157 c.p.⁹⁰⁴ Sicuramente il legislatore ha preso atto delle più recenti statistiche, le quali in effetti evidenziano che i reati contro la pubblica amministrazione sono quelli a più alto rischio di prescrizione. Il rimedio apprestato dalla novella contro tale rischio, tuttavia, potrebbe risultare da un lato solo parziale, dato che dal predetto elenco mancano altre fattispecie, tra le quali sarebbe stato opportuno, a parere di chi scrive, inserire proprio il delitto di tortura, dato che la *ratio* della modifica viene ricondotta al particolare impatto sociale dei reati inseriti⁹⁰⁵. Non è forse il delitto di tortura una fattispecie che desta un particolare allarme sociale? Almeno per questa parte, la riforma Orlando non sembrava rispondere ad un disegno ispiratore chiaro e coerente. Si intendeva, probabilmente, fornire un segnale all'opinione pubblica: dimostrare la volontà di rendere effettiva la repressione penale di determinati reati, al fine della lotta all'illegalità. Il mancato inserimento di altre fattispecie, tra cui quella *de qua*, è indice di un risultato confuso sul piano teorico e dogmatico e discutibile sul piano delle scelte tecniche⁹⁰⁶.

In definitiva, pur in assenza di una disciplina specifica, il delitto di tortura

⁹⁰³ G. L. GATTA, G. GIOSTRA, *Ibidem*.

⁹⁰⁴ Si tratta in particolare di: corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione propria (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), induzione indebita (art. 319-quater c.p.), corruzione di incaricato di pubblico servizio (art. 320 c.p.), casi di responsabilità del corruttore (art. 321 c.p.), nonché le stesse fattispecie laddove coinvolgono i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. (membri, organi o funzionari di Stati Esteri, "Comunità europee" e Corte penale Internazionale), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.). Per un commento al riguardo, cfr., S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 20 giugno 2017.

⁹⁰⁵ Cfr., sul punto, seppur con accenti critici, D. BIANCHI, *Riforma Orlando: il "nodo" della prescrizione*, in www.parolaalladifesa.it, 16 giugno 2017; F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, n. 1/2016, 57.

⁹⁰⁶ P. FROSINA, *Riforma Orlando e prescrizione dei reati contro la P.A.: un intervento incoerente e poco utile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 5, 681 ss.

difficilmente sarà soggetto a prescrizione dato l'elevato trattamento sanzionatorio⁹⁰⁷, anche nella sua ipotesi base, combinato con la nuova disciplina prevista dall'art. 159 c.p. Forse sarebbe stato preferibile, come auspicato da parte della dottrina ed in coerenza con quanto richiesto da molteplici convenzioni internazionali, prevedere un'espressa disposizione volta a sancire l'inapplicabilità delle cause di esclusione della punibilità⁹⁰⁸, escludendo la soggezione a prescrizione ed ai provvedimenti di amnistia ed indulto in relazione ai fatti costituenti tortura⁹⁰⁹; oppure, in prospettiva *de iure condendo*, sarebbe stata auspicabile la previsione dell'imprescrittibilità del delitto di tortura⁹¹⁰, quantomeno in relazione alla realizzazione nel contesto dei crimini internazionali.

14. I rapporti con altre fattispecie

Già esaminati in precedenza i rapporti tra la fattispecie di cui all'art. 613-bis

⁹⁰⁷ In tal senso, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 252; E. SCAROINA, *op. cit.*, 291.

⁹⁰⁸ *Contra*, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 225.

⁹⁰⁹ Sul punto, v. A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 48; I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 21; E. SCAROINA, *op. cit.*, 288 ss. La rilevanza di una tale disposizione volta ad escludere esplicitamente l'applicabilità di indulto ed amnistia in particolare è legata alla tematica delle c.d. «leggi di autoamnistia», ossia leggi emanate da coloro che detengono il potere in proprio favore e dei loro solidali, volte a coprire crimini realizzati in precedenza con il pretesto della «pacificazione nazionale». Esse costituiscono illeciti internazionali, perpetuano l'impunità e favoriscono un'ingiustizia continua, impedendo alle vittime e alle loro famiglie l'accesso alla giustizia, in contrasto diretto al dovere dello Stato di indagare, perseguire, giudicare e riparare le gravi violazioni dei diritti umani. La Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo ha ravvisato una contrarietà delle stesse alla Convenzione americana dei diritti umani (CADU). Si pensi alla pronuncia Corte IDU, 30 novembre 2001, *Barrios Altos v. Peru*, par. 43. Alcune di queste auto amnistie trovano riscontro anche nella storia italiana (sul punto cfr., V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 248 ss e 414 ss.). Più in generale, si veda, U. CELLI, *Il Diritto alla Verità nell'ottica del Diritto Internazionale: il caso brasiliano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 6/2017, 210-212; I. TANI, *L'esperienza della Commissione nazionale sulla scomparsa di persone in Argentina*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, (a cura di) *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, 741 ss; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, 2660 ss.

⁹¹⁰ A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato*, cit., 183. Da questo punto di vista, maestra è l'esperienza comparatistica in relazione alla quale, in Paesi quali Francia, Spagna e Germania si è prevista l'imprescrittibilità di quei fatti di tortura rientranti nel *genus* dei crimini internazionali, e la possibilità di applicare l'istituto della prescrizione per quei casi che, non rivestendo le caratteristiche di cui allo Statuto della Corte Penale internazionale, rimangono assoggettati al regime prescizionale comune. V., E. SCAROINA, *op. cit.*, 289.

c.p. ed i reati di lesioni⁹¹¹ ed omicidio sia nella sua forma dolosa⁹¹² che colposa^{913 914} ed accennati quelli riguardanti i maltrattamenti contro familiari e conviventi⁹¹⁵, occorre in questa sede soffermare l'attenzione sull'analisi delle

⁹¹¹ Riprendendo brevemente il discorso, qualora le lesioni e la morte siano dolose, si ravvisa un concorso con l'art. 613-bis c.p.; qualora siano colpose, troveranno applicazione i commi 4 e 5 della neo introdotta fattispecie. In altri termini, le lesioni volontarie restano fuori dall'ambito di applicazione dell'aggravante di cui al c. 4 dell'art. 613-bis, così come quelle che discendano da un solo atto di tortura, commesso con crudeltà e di per sé integrante un trattamento inumano e degradante.

⁹¹² Il dettato dell'art. 84 porta ad escludere l'autonoma applicazione dell'art. 575 c.p., in virtù del principio del *ne bis in idem sostanziale*. La causazione volontaria della morte è prevista come una specifica circostanza aggravante dall'art. 613-bis comma 5, «con tutte le conseguenze che tale conclusione – ineludibile in sede interpretativa – determina in punto di trattamento sanzionatorio». A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 10.

⁹¹³ Nella parte in cui l'art. 613-bis comma 5 prevede la morte del soggetto passivo come conseguenza non voluta dall'agente, sembra essere preclusa, in via di principio, la possibilità di contestare in modo autonomo l'omicidio preterintenzionale e l'ipotesi residuale di morte come conseguenza di altro reato, salvo che: 1) non sia apprezzabile alcun rapporto di derivazione causale tra gli atti di tortura e la morte; oppure 2) la condotta di tortura sia stata posta in essere attraverso una sola azione caratterizzata da crudeltà e integrante un trattamento inumano e degradante, atteso che anche l'art. 613-bis comma 5 fa riferimento «ai fatti» (e non «al fatto») di cui al comma. A. COLELLA, *ivi*, 11.

⁹¹⁴ V., *supra*, par 3. E' bene precisare, in questa sede, la possibilità di interferenza tra la fattispecie di cui all'art. 613-bis comma 5 e quella di istigazione al suicidio ex art. 580 c.p., qualora la morte avvenga per mano del soggetto passivo e non del torturatore, da risolversi a favore dell'applicazione dell'art. 613-bis, comma 5, nella sua prima o seconda parte, a seconda che l'evento suicidio sia o meno sorretto dal dolo (Sul punto v., A. COLELLA, *ibidem.*).

⁹¹⁵ E' il delitto di maltrattamenti contro i familiari ed i conviventi che rappresenta la norma di parte speciale rispetto alla quale si possono ipotizzare le più frequenti sovrapposizioni con il delitto di tortura, non solo, come si è visto, in relazione al rapporto tra il reo ed alcune categorie di soggetti passivi (l'art. 572 sanziona, infatti, colui che maltratti «una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia»). In entrambe le fattispecie vengono, infatti, considerate situazioni che la stessa Consulta ha definito come una «posizione di intrinseca, di peculiare debolezza del soggetto passivo» (Corte Cost., sent. 1122 del 1988 e v., E. SCAROINA, *op. cit.*, 296-297). Infine, nel caso in cui si ravvisi l'abitudine della condotta di tortura, essa coincide con l'abitudine tipica del delitto di cui all'art. 572 c.p. Al di là di tali osservazioni, è possibile ravvisare un *discrimen* tra le due disposizioni. In primo luogo, come è stato analizzato, il delitto di tortura può realizzarsi in modo istantaneo o eventualmente abituale, qualora ricorra l'elemento dell'«agire con crudeltà» e comportante un trattamento inumano e degradante, laddove, invece, il reato di cui all'art. 572 risulti necessariamente essere connotato dal requisito della necessaria abitudine. La stessa connotazione della condotta di tortura in termini di «gravità delle violenze o minacce» e lo stesso «agire crudele» si caratterizzano per uno specifico disvalore. Anche gli eventi della fattispecie in esame («le acute sofferenze o il verificabile trauma psichico») si caratterizzano per una specifica offensività che non è ravvisabile nella fattispecie di maltrattamenti. Con riguardo a tutti gli elementi costitutivi appena evidenziati, a parere di chi scrive, è possibile ritenere la specialità del delitto di cui all'art. 613-bis e quello di cui all'art. 572. A fornire un aiuto nel distinguo tra le due fattispecie sarà, ancora una volta, la giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale ciascuno degli atti che concorrono ad integrare il delitto di tortura deve superare la c.d. soglia minima di gravità, non richiesta con riguardo alla fattispecie di maltrattamenti (V., A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 11. L'A. individua la distinzione tra i due delitti in esame ricorrendo alla

regole del concorso tra il delitto *de quo* ed altre figure criminose. Data la natura di reato complesso della tortura, deve escludersi che si possa ravvisare un concorso tra la stessa ed i reati di percosse, minaccia e violenza privata. Gli elementi costitutivi degli artt. 581 c.p. (percosse), 610 c.p. (violenza privata) e 612 c.p. (minaccia) rientrano interamente nella previsione di cui all'art. 613-bis, rimanendo assorbiti nel nuovo delitto di tortura⁹¹⁶. Rimane, altresì, assorbito nella fattispecie *de qua* il delitto di cui all'art. 323 c.p., in virtù della clausola di riserva «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato»⁹¹⁷.

Parte della dottrina⁹¹⁸ ha paventato il rischio di una possibile sovrapposizione con il delitto di atti persecutori *ex art.* 612-bis c.p. Ciò pare privo di fondamento, se si parte dal presupposto che delitto di tortura e lo *stalking* divergono quantomeno in relazione alla condotta, in virtù del medesimo ragionamento effettuato con riguardo ai rapporti tra i maltrattamenti in famiglia

distinzione dottrinale tra reato abituale proprio ed improprio; mentre in un caso «possono assumere rilievo anche fatti non penalmente rilevanti, o comunque non gravi» nell'altro «dovranno necessariamente considerarsi solo fatti che costituiscano di per sé reato (a seconda dei casi, minaccia, percosse, lesioni, violenza privata), e che si caratterizzino per la loro gravità e per la loro idoneità a produrre acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico»).

⁹¹⁶In tal senso, A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 13; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2119. In particolare il delitto di percosse risulta assorbito nel nuovo delitto di tortura ogni qual volta quest'ultimo sia commesso nella sua variante violenta, ciò discendendo dal disposto del secondo comma dell'art. 581 c.p. Analogamente si può asserire con riguardo al delitto di minaccia, qualora la tortura venga posta in essere nella variante minacciosa. Cfr., A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 44; ID., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 10.

⁹¹⁷E. SCAROLINA, *op. cit.*, 296. L'A. sottolinea il contrasto giurisprudenziale in ordine alla sussistenza del concorso formale tra la fattispecie di abuso d'ufficio *ex art.* 323 c.p. ed alcuni reati più gravi, quali violenza privata e lesioni, aggravati *ex art.* 61 n. 9 c.p. In alcune pronunce, invero, veniva ravvisato un concorso tra i suddetti reati, in quanto offensivi di beni giuridici differenti (Cass., Sez. VI, 25 novembre 2014, n. 4584, in *C.E.D.*, rv. 262053); in altre, si era propeso per un assorbimento (Cass., Sez. III, 14 febbraio 2011, n. 25709, in *C.E.D.*, rv. 250597). A parere di chi scrive, tuttavia, deve ritenersi preferibile il primo orientamento in quanto il delitto di abuso di ufficio si caratterizza per essere un reato il cui oggetto giuridico va individuato nell'interesse a che la persona investita di una pubblica funzione o di un servizio pubblico, nel compimento di atti o di comportamenti relativi al proprio servizio o funzione, assicuri il normale funzionamento dell'amministrazione, esercitando le proprie funzioni nel «rispetto delle norme di legge o di regolamento»; con la conseguenza che è proprio l'ingiustizia dell'evento danno o vantaggio patrimoniale - «intenzionalmente» cagionato mediante violazione di norme di legge o di regolamento - ad attribuire rilevanza penale alla condotta dell'agente.

⁹¹⁸A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., 38.

ed il delitto di tortura.⁹¹⁹

Per quanto concerne il delitto di arresto illegale ex art. 606 c.p., parte della dottrina ravvisa un concorso con l'art. 613-bis, facendo leva sulla eterogeneità della struttura delle fattispecie, fondandosi la prima sull'«*assenza dei presupposti per eseguire l'arresto*»⁹²⁰; altra parte, invece, ravvisa un concorso apparente di norme⁹²¹ tra gli atti di tortura commessi dal pubblico ufficiale ai sensi del secondo comma dell'art. 613-bis e l'art. 606 c.p., così come accade in relazione alla fattispecie di cui all'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati e detenuti)⁹²². Con riguardo al sequestro di persona, sebbene la dottrina ritenga che non si pongano questioni problematiche, in relazione al concorso formale tra l'art. 605 ed il delitto di tortura, non pare dello stesso avviso la giurisprudenza. In particolare, con riguardo alla recente vicenda di cui si è già dato conto⁹²³, il Tribunale del riesame di Lecce⁹²⁴, ha ritenuto il delitto di sequestro di persona assorbito nel delitto di tortura, alla luce del principio di consunzione. Tale impostazione, seppur non avallata espressamente, non è stata contestata dalla Suprema Corte di legittimità⁹²⁵. Ciò stupisce dal momento che le due fattispecie si caratterizzano per una diversa oggettività giuridica ed in quanto nella struttura dell'art. 613-bis c.p., la privazione della libertà personale compare solo come uno dei possibili «*presupposti*» della condotta, potendo pure essere legittima⁹²⁶ ovvero posta in

⁹¹⁹E. SCAROINA, *op.cit.*, 296. V., *supra*, nota 644.

⁹²⁰A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2119.

⁹²¹A. COLELLA, *op.cit.*, 296.

⁹²²L'art. 608 c.p. punisce la condotta del pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente. Le «*misure di rigore*» cui la norma fa riferimento possono dare luogo agli eventi dannosi previsti dall'art. 613-bis c.p.. Qualora si verifichi una tale situazione, in virtù del principio di cui all'art. 15 c.p., troverà applicazione il nuovo delitto di tortura, in ragione della specificità degli eventi e delle modalità vincolate della condotta. In senso analogo, cfr., A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2119.

⁹²³V., *supra*, par. 6.1, nota 562.

⁹²⁴Tribunale del riesame di Lecce, 29 dicembre 2017.

⁹²⁵Cass., Sez. V., 15 maggio 2018, n. 37317, in *Sistema penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020.

⁹²⁶Si pensi alle ipotesi, tipiche dei casi di tortura cd. «*di Stato*», in cui la privazione della libertà personale consegua all'adozione di un provvedimento cautelare o

essere da un soggetto diverso da quello che commette il reato di tortura⁹²⁷.

Difficilmente, quindi, si potranno applicare i principi di assorbimento e consunzione anche in relazione alle altre forme di sequestro previste nel codice penale⁹²⁸, ravvisandosi, in tali ipotesi, un concorso formale di reati⁹²⁹.

15. L'art. 613-ter. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura

Dall'art. 4 della CAT si evince l'obbligo da parte degli Stati di reprimere i tentativi di praticare tortura, ovvero ogni atto commesso da qualsiasi persona *«che rappresenti una complicità o una partecipazione»* all'atto stesso. Risulta evidente come i concetti di *«complicità»* e di *«partecipazione»* siano molto dilatati, costituendo gli stessi obblighi particolarmente ampi che il legislatore nazionale ha provveduto a restringere al fine di evitare di reprimere qualsivoglia contributo causale nel concorso di persone nel reato, sia consumato che tentato. Da questo punto di vista, la fattispecie di cui all'art. 613-ter c.p. rubricata *«Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura»* ed introdotta dalla legge n. 110/2017, *«presenta una maggiore coerenza*

precautelare, o avvenga in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza detentive. *«In tali casi, infatti, la privazione della libertà personale della vittima di tortura è del tutto lecita, e costituisce unicamente l'antefatto delle condotte penalmente rilevanti punite dall'art. 613 bis c.p.»* A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., nota 2.

⁹²⁷ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 14.

⁹²⁸ Oltre all'art. 605 c.p. (sequestro di persona), il riferimento è all'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione) ed all'art. 289-bis (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione).

⁹²⁹ Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di cassazione, addirittura, si sarebbe potuto escludere il delitto di cui all'art. 605 c.p., non applicando i principi di parte generale del codice penale, bensì sulla base del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, per la configurabilità dell'art. 605 c.p. occorre la protrazione della privazione della libertà personale oltre il tempo necessario per la commissione del reato concorrente che, nel caso di specie, si identifica con quello di tortura. Lo stesso principio è stato affermato nei rapporti tra il delitto di sequestro di persona con quello di violenza sessuale: V., Cass., Sez. III, 10 gennaio 2003, n. 502, in *Giust. pen.*, 2003, II, c. 704; Cass., Sez. III, 13 ottobre 2004, n. 39936, in *C.E.D.*, rv. n. 230091; Cass., Sez. III, 29 settembre 2016, n. 55302, in *Cass. pen.*, 2017, 5, 1967. Con riguardo ai rapporti tra l'art. 609-octies c.p. e l'art. 605 c.p., Cass., Sez. III, 26 novembre 2014, n. 967, in <http://www.iusexplorer.it>, secondo la quale: *«In tema di concorso di reati, il delitto di sequestro di persona concorre con quello di violenza sessuale di gruppo, allorché la privazione della libertà di movimento della vittima si protrae oltre il tempo strettamente necessario al compimento degli atti di violenza sessuale, a nulla rilevando che l'impedimento ad allontanarsi sia precedente, contestuale o successivo allo svolgersi delle violenze»*.

*rispetto alle Convenzioni internazionali»*⁹³⁰.

Si tratta di un reato proprio che prevede la reclusione da sei mesi a tre anni qualora il pubblico ufficiale ovvero l'incaricato di pubblico servizio (soggetto non contemplato nella rubrica della norma) che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istighi «*in modo concretamente idoneo*» altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, ciò nel caso in cui l'istigazione non sia accolta, ovvero anche se accolta, il reato non sia commesso. Così descritto, l'art. 613-ter «*scrive la sua carta di identità*»⁹³¹ e, già ad una prima analisi, emerge chiaramente come lo stesso rappresenti una deroga⁹³² al più generale principio sancito nell'art. 115 c.p.⁹³³ della non punibilità dell'istigazione a commettere un reato⁹³⁴. Qualora, invece, l'istigazione sia accolta ed il soggetto istigato abbia commesso il delitto di tortura, entrambi risponderanno ex art. 613-bis, a titolo di concorrenti nel reato in virtù della funzione di incriminazione insita nell'art. 110 c.p.⁹³⁵.

Pare evidente come la disposizione in esame si prefigga l'obiettivo di sanzionare quelle «*attività di direzione delle operazioni di polizia*» nelle quali un superiore gerarchico «*indirizzi (o quantomeno cerchi di indirizzare)*» il suo

⁹³⁰ C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 157.

⁹³¹ D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., 28.

⁹³² Costituiscono ipotesi di istigazione penalmente rilevante, l'art. 414 c.p. (Istigazione a delinquere), l'art. 415 c.p. (Istigazione a disobbedire alle leggi) e gli artt. 322-322-bis c.p. (Istigazione alla corruzione). La fattispecie di cui all'art. 613-ter costituisce un'ipotesi speciale rispetto all'art. 414 c.p. I soggetti sono qualificati, viene indicato quale reato costituisce l'oggetto dell'istigazione ed, infine, vengono richieste «*modalità concretamente idonee*». In senso analogo, C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 157; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2119;

⁹³³ Risulta in tal modo esclusa la possibilità di applicare i commi 3 e 4 dell'art. 115 c.p., norma che comporterebbe unicamente l'applicazione di una misura di sicurezza. M. B. FORNACIARI, *Il reato di tortura*, cit., 256.

⁹³⁴ La *ratio* di tale deroga è da ravvisarsi nella necessità di una tutela anticipata proprio in virtù della preminenza del bene giuridico tutelato dal delitto di tortura. In particolare, l'art. 613-ter tutela in forma anticipata sia la dignità della persona umana sia l'interesse al legittimo esercizio dei poteri pubblici. Inoltre, tale deroga «*si legittima in nome di una offensività concretamente dimostrabile rispetto all'effettiva commissione della tortura da parte di chi è istigato, in una ratio complessiva della criminalizzazione che non prescinde dalla peculiare diminuzione della fiducia sociale*» che l'atteggiamento del pubblico ufficiale (istigatore ed istigato) ingenera quanto alla salvaguardia della libertà morale". S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 14. In senso analogo, D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., 28; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, 253.

⁹³⁵ F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 5-6.

sottoposto alla consumazione delle condotte di cui all'art. 613-bis⁹³⁶ c.p. E' da questo punto di vista che si giustifica la scelta di una fattispecie propria, anche se non si possono celare le perplessità scaturenti dalla circostanza che il soggetto attivo e quello passivo della fattispecie in esame debbano possedere entrambi la qualifica pubblicistica, con la conseguenza che, qualora un pubblico ufficiale «istighi in modo concreto alla tortura un privato cittadino (possibile soggetto attivo del reato di cui all'art. 613-bis), il fatto risulterà non punibile alla stregua dell'art. 115 c.p.»⁹³⁷. Da questo punto di vista, laddove la previsione dell'art. 613-bis c.p. miri ad estendere quanto più possibile la responsabilità penale, al contrario, quella disciplinata nell'art. 613-ter c.p. si caratterizza per un ambito applicativo divergente, «lasciando un'area di impunità incompatibile con l'obbligo di predisporre dei rimedi effettivi»⁹³⁸.

Stupisce, inoltre, l'intento del legislatore di aver creato una fattispecie comune del delitto di tortura ex art. 613-bis c.p., confinando la qualifica pubblicistica nel secondo comma quale circostanza aggravante ed una fattispecie propria con riguardo al delitto di istigazione a commettere tortura⁹³⁹. Per garantire una maggiore coerenza al sistema, come già in precedenza analizzato⁹⁴⁰, sarebbe opportuno considerare il secondo comma del delitto di tortura quale reato autonomo e sarebbe stata da prediligere, altresì, l'opzione di costruire l'art. 613-ter c.p. ricalcando la struttura dell'art. 613-bis, ovvero limitando la

⁹³⁶ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, Padova, 2017, 308; A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 22; E. SCAROINA, *op. cit.*, 367. A. CISTERNA sottolinea quanto sia labile, talvolta, il confine tra ordine impartito illegittimo (quale, ad esempio, quello riconducibile all'espressione «spezzategli il braccio») ed ordine legittimo «in presenza di condotte oppositive particolarmente violente e aggressive che mettano in pericolo l'incolumità pubblica o degli operanti». Si richiamano, a tal proposito, le scriminanti di parte generale di cui agli artt. 51, 52 e 53 c.p. e quella contenuta nell'art. 613-bis comma 3 c.p.

⁹³⁷ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 16; M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 253; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., 157; L. RISICATO, *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in <http://www.lacostituzione.info>, 6 luglio 2017; E. SCAROINA, *op. cit.*, 308.

⁹³⁸ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 16.

⁹³⁹ S. TUNESI, *Il delitto di tortura*, cit., 14.

⁹⁴⁰ V., *supra*, par. 6.2.

qualifica pubblicistica «*al solo soggetto attivo*»⁹⁴¹. In caso contrario si rischiano di creare vuoti di tutela qualora un soggetto munito di una qualifica pubblicistica istighi un altro individuo privo della medesima⁹⁴².

Irragionevolmente, inoltre, non è stata prevista la circostanza aggravante dell'utilizzo di strumenti informatici o telematici (contemplata dall'art. 414 c.p.)⁹⁴³, così come non è stata disciplinata l'ipotesi della responsabilità del superiore per omesso impedimento colposo e/o per agevolazione colposa, e dunque per difetto di vigilanza o di controllo sull'operato dei suoi sottoposti⁹⁴⁴. Richiedendo che l'istigazione⁹⁴⁵ avvenga in «*modo concretamente idoneo*», distinguendosi, così, dalle altre fattispecie di istigazione previste nel nostro ordinamento, si evince un reato di pericolo concreto, la cui sussistenza deve essere di volta in volta accertata dal giudice. Sebbene tale modalità di estrinsecazione della condotta abbia la positiva finalità di limitare ulteriormente l'ambito applicativo della norma, collocandosi sulla scia di quanto sancito a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 65/1970⁹⁴⁶ al

⁹⁴¹ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 253; I. I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 17.

⁹⁴² L. RISCATO, *L'ambigua consistenza della tortura*, cit., 19. Ben si potrebbe verificare, invero, una istigazione tra pari, o in via verticale, quale prodromica alla messa in atto dell'azione illecita.

⁹⁴³ S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 17. A tal proposito è bene sottolineare che nella versione della Camera era stata introdotta una clausola di sussidiarietà: «*Fuori dei casi previsti dall'art. 414 c.p.*», che fungeva da incipit della disposizione, scomparsa poi nel testo entrato in vigore». G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 6.

⁹⁴⁴ A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 14. Secondo L'A. sarebbe stata sicuramente opportuna una disposizione analoga all'art. 57 c.p., con congrua riduzione della pena rispetto all'ipotesi base.

⁹⁴⁵ Trasponendo il significato attribuito all'elemento costitutivo dell'istigazione a delinquere, si ricava che per istigazione debba intendersi l'incitamento, la sollecitazione o l'eccitazione a commettere uno o più reati determinati (nel caso di specie il delitto di tortura), ovvero l'azione diretta ad incidere sulla psiche di altri soggetti, facendone sorgere o rafforzandone il proposito criminoso. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 11.3.1975, in *Cass. pen. Mass.*, 1976, 1058; Cass., sez. I, 1.6.1964, in *Giust. pen.*, 1964, II, 737. In dottrina E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, 13; G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Riv. it. dir. pen e proc.*, 1960, 271; B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 618.

⁹⁴⁶ C.Cost., sentenza 4 maggio 1970, n. 65, in *Giur. Cost.*, 1970, 955 ss. Nella pronuncia da qua viene stabilito che «*L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*». Come è noto, i reati di pericolo rappresentano «*l'unica residua ragione di compatibilità*» degli illeciti di istigazione, con l'art. 21 della Carta costituzionale. D.

fine «di limitare interpretazioni estensive»⁹⁴⁷, dall'altro lato si sottopone a svariate critiche. In primo luogo, il legislatore avrebbe potuto tranquillamente ometterlo, essendo un requisito pleonastico⁹⁴⁸, alla luce di quanto sancito nella sopra citata pronuncia della Consulta, che rende «*pacifica la necessità di tale elemento*», proprio al fine di assicurare il rispetto del principio di offensività con riguardo alla totalità delle fattispecie istigative, tra le quali non si può non annoverare la norma *de qua* ed in relazione alla quale è necessaria l'idoneità in concreto della condotta a determinare la commissione del reato.

Stupisce, infine, la discrepanza rispetto alle istanze sovranazionali ed in particolare all'art. 16 CAT, il quale prevede l'obbligo in capo agli Stati ratificanti di proibire anche «*altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*» che non costituiscono tortura, così come definita nell'art. 1 CAT, qualora siano compiuti da chi riveste una qualifica pubblicistica ovvero «*sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito*». Sorge, quindi, spontaneo domandarsi quale sia la ragione dell'esclusione dalla norma in oggetto dell'inibizione di azioni pubbliche che, pur non integrando atti di tortura, costituissero trattamenti crudeli, inumani

FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., 28. Cfr, altresì, Corte Cost., n.87 del 1996, in *Foro It.*, 1966, I, 1650; Corte Cost., n. 108 del 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444. Per una bibliografia essenziale, si rinvia agli studi di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988; ID., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 292 ss; ID., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 76 ss; R. DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 995 ss; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, *passim*; E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1514 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004; L. VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 986 ss; V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, diretta da F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, vol. IV, Torino, 1996, 533 ss.

⁹⁴⁷ E. SCAROINA, *op. cit.*, 308.

⁹⁴⁸ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIARDA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 253. Non ritiene il requisito dell'idoneità concreta dell'istigazione del tutto pleonastico, A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in G. FORTI, G. ZUCALÀ, S. SEMINARA (a cura di), *op. cit.*, 2119. Secondo l'A., «*l'assenza di tale indicazione avrebbe potuto portare a ritenere il reato di pericolo astratto[...]. L'inserimento del requisito in esame toglie ogni dubbio circa la qualificazione dell'art. 613-ter, quale reato di pericolo concreto*».

ovvero degradanti⁹⁴⁹. Probabilmente tale situazione è dovuta alla modalità di confezionamento del testo legislativo, che considera un tutt'uno la tortura e le varie forme di *mistreatment*.

16. Ulteriori novità introdotte dalla L. 110/2017

La legge n. 110 del 2017 ha novellato, altresì, il codice di rito. In particolare, aggiungendo il comma 2-*bis* all'art. 191 c.p.p., è stata sancita l'inutilizzabilità, all'interno di un processo penale, delle dichiarazioni ovvero informazioni ottenute attraverso il delitto di tortura⁹⁵⁰. La norma ravvisa un'eccezione a tale principio solo nel caso in cui tali dichiarazioni siano utilizzate contro l'autore del fatto e solo al fine di provarne la responsabilità penale⁹⁵¹. Con tale modifica si garantisce l'avvicinamento del nostro Paese all'art. 15 CAT, secondo il quale *«ogni Stato Parte provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di stabilire che una dichiarazione è stata fatta»*⁹⁵². La ratio sottesa si individua

⁹⁴⁹ A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., 22; I. MARCHI, *Luci e ombre*, cit., 16.

⁹⁵⁰ Cfr., S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., 18; A. CISTERNA, *ibidem*. Gli Autori sottolineano, altresì, come la locuzione «dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura» richieda un preventivo accertamento della consumazione del reato *de quo* «del tutto incompatibile con il sindacato di inutilizzabilità e con la sua natura incidentale del suo svolgimento nel processo penale». «In assenza di qualsiasi meccanismo di sospensione del procedimento per un accertamento incidentale del trattamento cui è stato sottoposto, in ipotesi, il dichiarante, vi è da chiedersi come in concreto potrebbe operare la disposizione, quale sia la soglia di dimostrazione dell'intervenuta tortura demandata alla parte che sollevi l'eccezione, quali gli obblighi del giudice». Contra, F. S. CASSIBBA, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. Pen. contemp.*, fasc. 4/2018, 109.

⁹⁵¹ C. FIORIO, F. URBINATI, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Arc. pen.*, 1, 2018, 8. Gli Autori si chiedono provocatoriamente: «Questo ci porta ad indagare se, fuori dai casi di tortura, residuino degli spazi di utilizzabilità della prova illegittimamente acquisita, oppure se la nuova formulazione non aggiunga nulla all'articolo in cui è inserita». V., anche, in diversa prospettiva, F. CASSIBBA, *ibidem*.

⁹⁵² In realtà, come è stato evidenziato, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte mediante tortura era già prevista in termini espliciti all'interno del codice di rito, all'art. 64 comma 2 secondo cui «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti» ed all'art. 188 c.p.p., in virtù del quale «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Tale disposizione si schiera contro l'impiego di metodi di pressione che si spingono

primariamente nella circostanza secondo la quale le informazioni o le dichiarazioni assunte mediante tortura non possono essere ritenute «sufficientemente attendibili per venire assunte come prova in un procedimento penale»; dall'altro lato, emerge la funzione di prevenire tale pratica, rimuovendone qualsivoglia incentivo di porla in essere, mediante la sanzione dell'inutilizzabilità^{953 954}.

Le successive disposizioni introdotte dalla legge *de qua* affrontano due temi particolarmente frequenti nella prassi internazionale in materia di tortura.

L'art. 3, invero, è intervenuto modificando anche l'art. 19 del Testo unico immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), mediante l'inserimento di un comma 1-*bis*, formalizzando il divieto di *non-refoulement*⁹⁵⁵. Più nel dettaglio, viene sancito il divieto di espulsione, respingimento o l'extradizione di una persona «verso

oltre la soglia della tortura e contro ogni mezzo volto ad influire sulla libertà morale della persona. Rappresenta, inoltre, «un presidio figlio della battaglia politica e degli argomenti del miglior filone illuminista, poiché nel suo valore di precetto deontologico e di limite legale alla prova confluiscono le ragioni [...] di ordine etico, ispirate alla tutela della dignità umana». D. NEGRI, *Diritto al silenzio e verità estorte. Regressioni della storia, reticenze dell'Europa, ipocrisie domestiche*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, (a cura di), *op.cit.*, 163-164.

⁹⁵³ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 7.

⁹⁵⁴ Al di là della sanzione processuale, è importante sottolineare, ad avviso di chi scrive, che la definizione di confessione recepita nella nostra tradizione giuridica vale di per sé a ridurre la possibilità di prassi abusive. Essa deve essere volontaria ed esplicita, senza condizionamenti quali la violenza fisica, ma anche la coercizione morale o l'inganno. E. M. CATALANO, *Il problema della confessione estorta*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 196. «Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi di estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o artificio la contraria volontà [...] rientra nel concetto di tortura giudiziaria». P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1954, II, 4. Sui caratteri della confessione estorta nella nostra tradizione giuridica, V., G. BELLAVISTA, *Confessione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 917 ss; M. MACCHIA, *Confessione nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 25 ss. V., più di recente, L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, *passim*.

⁹⁵⁵ La norma esige che cessino immediatamente rimpatri forzati e respingimenti verso quegli Stati sospettati di violazioni sistemiche dei diritti umani. Da questo punto di vista non pare che lo Stato italiano sia stato in grado di rispettare gli impegni assunti. Significative, in materia, le osservazioni del Comitato ONU contro la tortura (F. CANCELLARO, *Pubblicate le osservazioni*, cit., 301 ss). Il Comitato ha rilevato che la procedura di espulsione per motivi di sicurezza nazionale continui a non prevedere garanzie sufficienti ed efficaci contro il rischio di *refoulement* e che i ricorsi avverso le decisioni sull'espulsione siano privi di effetto sospensivo. Il Comitato si è, inoltre, mostrato preoccupato per quanto previsto dal decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. L. n. 46/2017, c.d. Decreto Minniti-Orlando), il quale ha limitato la protezione offerta ai richiedenti asilo e ne ha accelerato i rimpatri. L'organo ha poi esaminato il contenuto e i primi risultati applicativi del Protocollo d'intesa firmato da Italia e Libia il 2 febbraio 2017 sulla lotta all'immigrazione irregolare, sulla tratta di esseri umani, sul contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere.

uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura». Nell'effettuare tale valutazione si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani⁹⁵⁶. Si mette, così, in evidenza l'illegalità della pratica delle c.d. *extraordinary rendition*⁹⁵⁷, rendendo punibili a titolo di concorso coloro che collaborino, avvalendosi di tali pratiche, a porre in essere atti di tortura all'estero⁹⁵⁹. Tale tema fornisce lo spunto per evidenziare come sarebbe stato opportuno introdurre, oltre all'esaminato delitto di tortura, un'apposita fattispecie

⁹⁵⁶ Molteplici sono stati i casi di condanna da parte della Corte di Strasburgo riguardanti l'Italia, cfr., Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ric. n. 27765/09, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 aprile 2010, *Trablesi c. Italia*, ric. n. 50163/08; Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 maggio 2009, *Sellem c. Italia*, ric. n. 12584/08; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 marzo 2009, *O. c. Italia*, ric. n. 37257/06; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 2009, *Ben Khemais c. Italia*, ric. n. 246/07; Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

⁹⁵⁷ Si tratta di una disposizione analoga a quella prevista nell'art. 18 della legge n. 69/2005, con riguardo al rifiuto della consegna richiesta in esecuzione del M.A.E., emesso dall'autorità giudiziaria di un Paese europeo. Nella lettera h) del menzionato art. 18 viene previsto il rifiuto di dare esecuzione ad un mandato di arresto europeo passivo, qualora sussista «un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Sottolinea tale aspetto, P. DE FRANCESCHI, *Divieto di tortura*, cit., 12.

⁹⁵⁸ Sul tema, *ex multis*, L. FORNARI, *La pratica delle "conseguenze straordinarie" in altri Stati di individui sospettati di terrorismo e il ricorso alle "garanzie diplomatiche"*, in I. PAPANICOLOPU (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2019, 125 ss; A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AMADEO, SPILATERI, (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, 209 ss. Si tratta di pratiche che la Corte Costituzionale ha considerato illecite in quanto «contrarie alle tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione europea», anche se nel nostro Paese si è ravvisata quella tendenza, quantomeno nel caso *Abu Omar* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, ric. n. 44883/16), volta al sacrificio delle garanzie individuali in nome della sicurezza collettiva con il pedissequo fine di neutralizzare il «nemico». C. Cost., n. 106 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 951, con note di A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*; F. RAMACCI, *Segreto di Stato, salus rei publicae e "sbarramento" ai p.m.*; V. FANCHIOTTI, *Il gusto "amaro" del segreto*. V., altresì, M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Gli Speciali di Questione e Giustizia*, 2016, 100. Un divieto di tali pratiche emerge anche dal codice di procedura penale, in particolare dall'art. 689 c.p.p., il quale dispone che non si può concedere l'estradizione «per un reato politico, né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona».

⁹⁵⁹ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 254-255; E. SCAROINA, *op. cit.*, 283.

incriminatrice volta a sanzionare, quale reato autonomo, mediante una tutela decisamente più efficace, i soggetti offesi dalla pratica delle c.d. «*consegne straordinarie*»⁹⁶⁰. Si è dubitato, invero, di ricondurre tali pratiche nell'alveo dell'art. 613-bis, laddove siano attuate in assenza di modalità di per sé integranti il delitto di tortura⁹⁶¹. Scelta ottimale sarebbe stata quella di inserire nel codice penale una fattispecie a concorso necessario⁹⁶², rappresentando la condotta posta in essere dalla pluralità dei correi l'elemento costitutivo della fattispecie, a prescindere dall'individuazione astratta dei vari delitti presupposti, quale, ad esempio, il sequestro di persona. Inoltre, l'elemento soggettivo sarebbe stato da ravvisare nel dolo specifico, trattandosi di una azione posta in essere «*a fini investigativi*», costituendo il fine rappresentato l'unica ragione che determina la condotta degli operanti nella commissione del fatto delittuoso.

Quanto al secondo tema internazionalistico, l'art. 4 individua il fondamentale principio secondo il quale l'immunità non può mai costituire eccezione al principio dell'obbligatorietà della legge penale con riguardo al delitto di tortura⁹⁶³. La norma prevede, infatti che «*non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale*». Introduce, inoltre, l'obbligo di estradizione verso lo Stato richiedente dello straniero indagato o condannato per il delitto di tortura: «*nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero e' estradato verso lo Stato richiedente nel quale e' in corso il procedimento penale o e' stata pronunciata sentenza di condanna per*

⁹⁶⁰ P. P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura*, cit., 18 ss.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² Cfr., E. DELLA TERZA, *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971, 33. *Contra*, E. SCAROINA, *op. cit.*, 283. Secondo l'A., il soggetto che agevoli la pratica in questione, risponde del reato di cui all'art. 613-bis, a titolo concorso «*con coloro che all'estero o in Italia, pongano o si abbia ragione di ritenere che porranno in essere fatti di tortura in danno del consegnato, ove abbiano consapevolezza, quanto meno a titolo di dolo eventuale, del destino che attende la vittima*».

⁹⁶³ In particolare, l'art. 3 c.p. sancisce che la legge italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovino sul territorio dello Stato, «*salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale*». Le eccezioni a cui viene fatto riferimento sono costituite dalle immunità.

il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale».

La nozione di immunità sopra richiamata è da intendersi in senso più lato possibile, comprendendo sia quella funzionale che non funzionale⁹⁶⁴. E' venuta meno a seguito dei vari passaggi parlamentari, la specificazione «*diplomatica*» della suddetta immunità. La ragione di tale eliminazione è dovuta probabilmente allo scarso rilievo pratico di tale delimitazione, dal momento che raramente gli agenti diplomatici risultano coinvolti in casi di tortura⁹⁶⁵.

A parere di chi scrive, la previsione normativa rappresenta sicuramente una soluzione meritevole, data la preminenza del bene giuridico tutelato e la natura assoluta del divieto di tortura, ciò nonostante sia previsto in sede internazionale il principio dell'*aut dedere aut iudicare* di cui l'art. 7 CAT⁹⁶⁶.

Deve, però, evidenziarsi il rischio di una possibile censura di legittimità costituzionale poiché la previsione in oggetto, inserita in una norma di rango ordinario, può risultare in contrasto non solo con le Convenzioni internazionali in materia di relazioni diplomatiche e consolari⁹⁶⁷, bensì anche con le norme costituzionali⁹⁶⁸.

⁹⁶⁴ Oltre alla distinzione delle immunità in relazione alla fonte che le prevede (tale per cui si ravvisa una immunità di diritto pubblico e una di diritto internazionale), è possibile, poi, ravvisare le immunità funzionali, distinte da quelle extrafunzionali a seconda che la non punibilità sia limitata ai reati commessi nell'esercizio delle funzioni o anche quelli realizzati al di fuori delle stesse. Quelle funzionali hanno natura sostanziale ed impediscono l'applicazione della legge penale anche successivamente il cessato esercizio della funzione. Le immunità extrafunzionali, invece, hanno natura processuale e vengono meno a seguito del cessato esercizio della funzione.

⁹⁶⁵ Quelle che coinvolgono gli agenti diplomatici sono vicende «*risalenti al dopo II guerra mondiale per procedimenti nei confronti di ex agenti diplomatici della Germania nazista*». N. RONZITTI, *Immunità e crimine internazionale di tortura*, in *Osservatorio di politica internazionale*, aprile 2015, 7.

⁹⁶⁶ In virtù del principio sancito nell'art. 7 CAT, il Paese nel cui territorio si sia rifugiato un soggetto ritenuto responsabile di reati particolarmente gravi, deve giudicarlo secondo le proprie leggi oppure estradarlo verso lo Stato richiedente. Cfr., A. CALIGURI, *L'obbligo aut dedere aut iudicare nel diritto internazionale*, Milano, 2012.

⁹⁶⁷ Il tema era già stato sollevato dalla Commissione Affari Costituzionali con riguardo alle Convenzioni di Vienna del 1961 e del 1963. Sul punto, N. RONZITTI, *Immunità e crimine internazionale di tortura*, cit., 7, il quale richiama l'attenzione sui pericoli di violazione del diritto internazionale in cui potrebbe incorrere l'Italia «*qualora disconoscesse l'immunità personale ad un organo sottoposto a procedimento penale o condannato da uno Stato straniero*», ovvero sul problema circa «*l'extradizione del presunto reo, attualmente titolare di*

L'evoluzione del diritto consuetudinario ha consentito, tuttavia, di ravvisare il divieto di tortura quale norma di *jus cogens*, facendo perdere di rilevanza la questione. A tal proposito risulta opportuno richiamare quella vicenda che ha avuto come protagoniste l'Italia e la Germania ed avente ad oggetto i crimini internazionali e le immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei tribunali italiani⁹⁶⁹. Nel caso di specie, si controverteva sul fatto se l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile per gli atti commessi *iure imperii* potesse subire una deroga qualora il medesimo Stato avesse commesso un crimine contro l'umanità, tra cui si annovera la tortura, in violazione delle norme di *jus cogens*. La Corte costituzionale, con la sentenza 238/2014⁹⁷⁰, ha scelto di scontrarsi con un quadro di diritto internazionale consuetudinario fortemente ostile, connotato dalla recente sentenza *Germania c. Italia*⁹⁷¹ della Corte internazionale di Giustizia, che ha nettamente riaffermato, con una schiacciante maggioranza, dodici a tre, la norma di diritto

immunità personale, verso lo Stato richiedente in cui è in corso il procedimento o sia stata pronunciata la sentenza di condanna per il reato di tortura».

⁹⁶⁸ Si citino le norme interposte rappresentate dagli artt. 10-11-87 co. 8 e 117 co.1 Cost.

⁹⁶⁹ Il contesto di riferimento è rappresentato dalla deportazione della popolazione civile, nel corso di un conflitto armato consumatosi, nel caso di specie, in territorio italiano, ed in particolare la possibilità per lo Stato tedesco di invocare l'immunità nel contesto del giudizio promosso da alcuni cittadini italiani, al fine di ottenere il risarcimento dei danni in relazione alla deportazione ad opera delle forze militari tedesche e all'assoggettamento degli stessi ai lavori forzati, in quanto qualificati come crimini internazionali.

⁹⁷⁰ C. Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Cass. pen.*, 2016, 11, 4253. Per alcuni commenti, si veda, P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di Giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quad. cost.*, (web) - <http://www.forumcostituzionale.it>, 2 novembre 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, (web) - <http://www.giurcost.org>, 2015, I, 1 ss; E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte Internazionale di Giustizia*, in *Quest. giust.*, n. 1/2015, 64-69; C. MELONI, *Ancora in tema di immunità giurisdizionale degli Stati e responsabilità (civile) per i crimini di guerra*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4 febbraio 2014; ID., *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 24 ottobre 2014; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost., n. 238 del 2014)*, in *Giur. cost.*, (web) - <http://www.giurcost.org>, 24 novembre 2014.

⁹⁷¹ Corte internazionale di Giustizia, 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*, consultabile online al sito <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 febbraio 2012, con nota di F. VIGANÒ, *La sentenza della corte internazionale di giustizia sui crimini nazisti: illegittime le sentenze italiane di condanna dello Stato tedesco*.

consuetudinario proprio in relazione ai crimini commessi nella seconda guerra mondiale dalla Germania⁹⁷². La CIG ha ritenuto violato da parte dell'Italia l'obbligo consistente nel rispetto delle immunità, di cui la Repubblica Federale Tedesca gode secondo il diritto internazionale, ciò contrastando, nel nostro ordinamento, con quel filone giurisprudenziale originato a seguito della sentenza «*Ferrini*»⁹⁷³, che affermava il principio secondo il quale l'immunità dalla giurisdizione (civile) degli Stati (esteri) riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario non ha carattere assoluto, ma può trovare un limite ove le condotte siano tali da configurare crimini internazionali (quali i crimini di guerra o crimini contro l'umanità), anche quando lo Stato operi nell'esercizio della sua sovranità (*iure imperii*). Secondo la Corte dell'Aia, in sintesi, «*non si può vincere, pur alla luce della grave violazione in gioco, la perdurante forza della regola dell'immunità*»⁹⁷⁴. La Corte costituzionale, con la sentenza 238/14, che ha lasciato un segno indelebile nella storia dei controlimiti, provvedendo ad attivarli in concreto, si è posta in una posizione antitetica rispetto alla pronuncia della Corte

⁹⁷² Si badi che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, in una sentenza ancora più recente, ha assunto una posizione analoga alla CIG e, in relazione al crimine di tortura, ha riconosciuto l'immunità dello Stato nell'esercizio di poteri sovrani. Trattasi della sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2014, *Jones and Others v. the United Kingdom*, ric. nn. 34356/06 40528/06. Sul punto, T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit., 4.

⁹⁷³ Cass. civ., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5044, in *Giur. it.*, 2005, 250, con nota di P. DE SENA, F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*. In particolare, il ricorso alla CIG originava proprio da tale sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Nella stessa veniva sancito il principio secondo il quale le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali, e che configurano come crimini internazionali i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono parte integrante dell'ordinamento italiano. La commissione dei crimini contro l'umanità, come quelli oggetto della vicenda in esame, secondo tale pronuncia comporta la possibilità di esercitare la giurisdizione civile nei confronti dello Stato cui essi risultino attribuibili, in applicazione del principio della giurisdizione universale ed in stretta analogia con la disciplina prevista per l'immunità funzionale degli organi statali nelle medesime ipotesi. I crimini suddetti si traducono inoltre in violazione di norme inderogabili poste a protezione dei diritti fondamentali della persona umana, che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale e tendono quindi a prevalere su ogni altra norma, di carattere convenzionale o consuetudinario. Tali norme precludono allo Stato straniero, convenuto per il risarcimento dei danni derivanti dalla loro violazione, di giovare dell'immunità della giurisdizione, in ragione del carattere essenziale che i valori da esse tutelati rivestono per l'intera comunità internazionale.

⁹⁷⁴ E. SCARONA, *op. cit.*, 294-296.

internazionale di Giustizia. A parere della Corte costituzionale è «[...] con esclusivo e specifico riguardo al contenuto della sentenza della C.I.G., che ha interpretato la norma internazionale generale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri come comprensiva dell'ipotesi di atti ritenuti iure imperii qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, che si delinea il contrasto della legge di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite con gli artt. 2 e 24 Cost.». La sentenza merita, dunque, di essere segnalata per il fatto che la Corte costituzionale «ha fatto valere con forza l'esistenza di controlimiti che, paralizzando l'operatività del rinvio di cui all'art. 10 Cost., impediscono l'ingresso nel nostro ordinamento di norme del diritto internazionale che si pongano in contrasto con il sistema di valori consacrati dalla Costituzione»⁹⁷⁵. La norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità si pone, dunque, in insanabile contrasto con l'art. 24 Cost., proprio laddove impedisce la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale, quale quello della dignità umana, sancito dall'art. 2 Cost.

Dalle citate sentenze si evince chiaramente l'assenza di dialogo verticale tra le giurisdizioni internazionali e ad un'analisi più approfondita sul tema, emerge, altresì, l'assenza di un dialogo di tipo orizzontale che avrebbe potuto dare luogo ad una «coalizione»⁹⁷⁶ tra corti nazionali al fine di determinare un mutamento della norma consuetudinaria: la giurisprudenza delle altre Corti costituzionali e Supreme è, nel complesso, assai distante da quella italiana, così come si ravvisa nella coeva sentenza canadese⁹⁷⁷, dove una Corte per tradizione attivista quale la Suprema Corte canadese «ha optato per il rispetto della discrezionalità del legislatore, che ha scelto di dare ingresso

⁹⁷⁵ C. MELONI, *La Corte costituzionale*, cit., par. 7.

⁹⁷⁶ «Coalizione» nel senso richiamato da E. BENVENISTI, *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Consultants online 5 Journal of International Law*, 2008, 241. «The phenomenon that I describe and analyze in this article is novel. It demonstrates yet again the consequences of the “disaggregated state,” as both the national government and the national court seek foreign allies in their quest to balance each other out».

⁹⁷⁷ Corte Suprema canadese, 10 ottobre 2014, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*.

nell'ordinamento canadese al principio della immunità anche nel caso di crimini internazionali»⁹⁷⁸.

L'analisi di quanto sopra esposto serve ad evidenziare, quindi, come l'Italia si fosse già attivata per reagire «*a duri colpi di spada*» a prese di posizione da parte di Organi sovranazionali «*miranti ad arretrare - in modo invero del tutto anacronistico - il limite di tutela dei diritti fondamentali che pure essi stessi affermano di considerare espressione dello ius cogens e interesse primario della comunità internazionale*»⁹⁷⁹.

17. Le prime applicazioni pratiche dell'art. 613-bis c.p.

Il Comitato contro la Tortura, nella sessione aperta a Ginevra e programmata dal 6 novembre al 7 dicembre 2017, avente ad oggetto il rapporto periodico su alcuni Paesi firmatari della Convenzione Onu, fra cui l'Italia, aveva formalmente evidenziato alcune criticità riguardanti la L. n. 110/2017, quali l'ambigua nozione di crudeltà, il verificabile trauma psichico, la prescrivibilità, la reiterazione delle condotte. In quella sede la risposta della delegazione italiana affidata al sottosegretario della Giustizia, è «*scivolata agevolmente sulle contestazioni*»⁹⁸⁰, riconoscendo l'imperfezione della legge, ma ravvisando la soluzione nel monitoraggio dell'applicazione da parte dei giudici: «*un modo ipocrita per dire che se ne riparlerà tra qualche decennio a giurisprudenza della Cassazione consolidata*»⁹⁸¹. Come se fosse compito della giurisprudenza effettuare una invasione nell'area di competenza del potere legislativo.

Come già anticipato⁹⁸², la Suprema Corte di Cassazione⁹⁸³ non ha tardato a

⁹⁷⁸ T. GROPPi, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit., 4-5.

⁹⁷⁹ E. SCAROINA, *op. cit.*, 296.

⁹⁸⁰ E. ZUCCA, *La decisione della Corte Edu su Bolzaneto*, cit., 4.

⁹⁸¹ V., Il testo dell'intervento dell'on. Gennaro Migliore (<http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT>) e le sue considerazioni finali. V., videoregistrazione delle sedute del 14 e 15 novembre 2017, consultabile al link <http://webtv.un.org/search?term=Italy&sort=date>.

⁹⁸² V., *supra*, par. 6.1.

⁹⁸³ In realtà le prime due pronunce in cui è stato applicato il delitto di tortura in Italia sono riconducibili al Tribunale di Lecce e costituiscono un primo tentativo volto a individuare e cercare di superare i problemi applicativi della nuova norma. I fatti di reato, oggetto anche della pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 37317/2018 già in precedenza esaminata (v. *supra* par. 6.1, nota 562) e che verrà successivamente ripresa, si consumavano in Porto

pronunciarsi in merito all'applicazione dell'art. 613-bis c.p.⁹⁸⁴

Dalla disamina di queste sentenze si possono ricavare le prime linee guida utili per interpretare la norma *de qua*.

Ripercorrendo brevemente i fatti di cui a processo, la prima vicenda riguarda, due giovani che, dopo aver fatto salire a bordo della propria autovettura un conoscente, lo avevano condotto in un luogo appartato dove, in concorso tra loro, lo avevano costretto a subire ripetute umiliazioni e violenze⁹⁸⁵.

Cesareo, in Provincia di Lecce, nella serata del 29 settembre 2017 (si vedano rispettivamente le sentenze Tribunale di Lecce, sentenza n. 485 del 08.06.2018 depositata in data 06.09.2018 e Tribunale di Lecce, sentenza n. 54 del 11.01.2019, depositata in data 11.04.2019). I tre aggressori erano stati citati in giudizio per rispondere in concorso *ex art.* 110 c.p. dei delitti di sequestro di persona, detenzione e trasporto di arma da fuoco aggravata dall'aver commesso il fatto in più persone riunite, lesioni aggravate, minaccia grave, violenza privata tentata e tortura aggravata *ex art.* 613-bis comma 4. Si trattava di due pronunce aventi ad oggetto i medesimi fatti, una scaturente all'esito del giudizio abbreviato richiesto da uno degli imputati e l'altra all'esito del giudizio ordinario svoltosi per gli altri due coimputati. Per una analisi delle due pronunce v., F. GIRALDI, *Prime applicazioni del reato di tortura: commento a due pronunce del Tribunale di Lecce*, in *Cammino Diritto*, (web) – <http://www.rivista.camminodiritto.it>, 2 luglio 2020, 2 ss. Si tratta delle prime pronunce sul delitto di tortura in Italia, nonostante autorevoli quotidiani abbiano riportato la notizia attribuendo alla sentenza del Tribunale per i minorenni di Milano del 3 luglio 2019 il primato nell'applicazione del delitto di tortura. A seguito di quest'ultima pronuncia quattro quattordicenni sono stati condannati per aver picchiato e segregato per ore un coetaneo in un garage di Varese. La persona offesa era stata avvicinata da alcuni ragazzi, che conosceva di vista, e convinta a seguirli. Il loro fine consisteva nel farsi restituire dei soldi (pochi euro) da un loro debitore, amico della vittima. Arrivati nel *box* il ragazzo era stato legato con fili elettrici a una sedia e torturato per ore: denudato, picchiato, minacciato con un manganello e un coltello alla gola e cosparso d'acqua fredda e sapone. Gli avevano anche strappato l'orecchino ed avevano poi pubblicato la foto su *Instagram*, unitamente ad un video contenente le violenze. Il fatto aveva causato un profondo *shock* al quindicenne, che è stato successivamente ricoverato per alcuni giorni nel reparto di neuropsichiatria infantile dove i referti medici hanno riscontrato un «*disturbo da stress acuto*», «*stati d'ansia*» e «*disturbi del sonno*».

⁹⁸⁴ Il riferimento è alle già citate sentenze: Cass., Sez. I, 15 maggio 2018 (dep. 1 agosto 2018), n. 37317; Cass., Sez. V, 8 luglio 2019 n. 47079 (dep. 20 novembre 2019); Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208 (dep. 1 dicembre 2019), in *Sistema Penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020, con nota di A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di "tortura" (art. 613-bis c.p.)*; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2020, n. 4755, in *Studium Iuris*, 10/2020, 1264. Per un commento alla sentenza n. 47079/2019, v., altresì, N. CAROLEO GRIMALDI, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 6/2020, 2349 ss; A. MERLO, *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Foro It.*, n. 3, 2020, parte II, 161. Per un commento alla sentenza n. 50208/2019, si veda, altresì, F. FANOLI, *Gli elementi costitutivi del reato di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. pen.*, 10/2020, 927-931.

⁹⁸⁵ Cass., Sez. I, 15 maggio 2018, n. 37317, cit., par. 1.: «*oltre a ripetuti colpi con un bastone, gli facevano stendere la mano su un cordolo e lo colpivano sulle dita della mano al fine di spezzargliele, gli tiravano un bastone sui denti, rompendoglieli, gli immergevano, più volte, la testa nell'acqua, avvolta in una coperta, come per affogarlo, lo umiliavano, costringendolo a restare nudo e a pulire il suo stesso sangue*». Inoltre, alle suppliche di

La seconda vicenda, di grande impatto mediatico, concerne una serie di vessazioni perpetrate da un gruppo di giovani, di cui alcuni minorenni, ai danni di un soggetto disabile nel Comune di Manduria⁹⁸⁶.

Infine una terza vicenda, strettamente correlata alla seconda, scaturisce dal ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Taranto che aveva confermato l'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere emessa dal G.I.P. dello stesso ufficio giudiziario nei confronti dei due giovani maggiorenni che avevano agito in concorso con i su indicati minori.

Il Collegio giudicante spesso focalizza l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolare riferimento all'art. 3 CEDU⁹⁸⁷ e sulla normativa internazionale di riferimento evidenziando, altresì, come l'iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge 110 del 2017, abbia subito una brusca accelerazione a seguito delle sentenze *Cestaro c. Italia e Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*⁹⁸⁸.

Dalle pronunce in commento sembrano potersi ricavare alcuni punti fermi in relazione all'analisi degli elementi significativi della fattispecie.

Iniziando dal bene giuridico tutelato dal reato, si evidenzia come l'art. 613-bis

lasciarlo sopravvivere in quanto padre di una bambina, gli imputati reagivano minacciando di andare a prendere la figlia e la compagna, spiegando di sapere cosa fare con loro.

⁹⁸⁶Cass., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 47079, cit., par. 2: «l'uomo era da tempo bersaglio di spedizioni aggressive da parte di giovani ignoti che, soprattutto nel corso della notte, prendevano a calci la porta di ingresso della abitazione, per poi allontanarsi [...]. Alle molestie dei ragazzini minorenni si erano aggiunte altre vessazioni [...] anche violenze fisiche da parte di adulti portatisi dinanzi alla abitazione con due autovetture [...]. Era stato aggredito e picchiato da persone mascherate; un'altra volta, pochi giorni dopo, una banda di individui sempre mascherati, aveva lanciato bidoni dell'immondizia contro la porta di casa; e, comunque, tutte le sere seguenti si erano verificate condotte gravemente moleste contro (la vittima) nelle ore notturne[...]. Erano anche penetrati in casa sua, recentemente anche percuotendolo con mazze sulle mani, sui fianchi, sul ventre e sulle ginocchia; avevano distrutto suppellettili di casa e rubato trecento Euro prima di fuggire[...]. La polizia ha dato atto di averlo rinvenuto in casa in preda alla paura, in stato confusionale e in degradanti condizioni di trascuratezza igienica e di salute, avendo egli dichiarato di non mangiare da una settimana, neppure essendo uscito di casa per la spesa, per timore di imbattersi nei suoi aggressori; venivano, altresì, riscontrati i danni al portone di casa, alle finestre, alle serrande. L'uomo veniva ricoverato d'urgenza per grave insufficienza renale, e sottoposto a intervento chirurgico per accertata perforazione viscerale; presentava anche evidenti tracce di sangue coagulato alle labbra, alle gengive e tra i denti, compatibili con traumi pregressi, nonché ecchimosi estese a entrambi gli arti inferiori, riconducibili a percosse o cadute».

⁹⁸⁷ Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.1.

⁹⁸⁸ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 1.1.

si collochi tra i delitti contro la libertà individuale «e, più precisamente, in chiusura della sezione relativa ai delitti contro la libertà morale». In ragione della *sedes materiae*⁹⁸⁹ prescelta, il bene giuridico tutelato deve individuarsi nella «c.d. libertà morale o psichica, comunemente intesa come diritto dell'individuo di autodeterminarsi liberamente, in assenza di coercizioni psichiche»⁹⁹⁰.

La Suprema Corte sembra aver accolto con favore la scelta del legislatore di non identificare esclusivamente la tortura quale reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio⁹⁹¹, bensì di «*includere nella nozione anche le condotte poste in essere da soggetti privi di qualifica*». Una tale soluzione, infatti, non solo «*tiene conto dell'esperienza proveniente dalla realtà criminologica che dimostra come la tortura possa assumere anche una dimensione inter-privatistica*», ma risulta anche «*maggiormente coerente con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che interpreta il divieto di tortura di cui all'articolo 3 Cedu come riferito a tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici o privati che siano*»⁹⁹².

Sebbene nelle due prime pronunce sembri passare del tutto inosservata la questione concernente la tesi dell'autonomia ovvero della natura circostanziata della Tortura di Stato, di cui al secondo comma dell'art. 613-bis c.p., se non per un timido cenno nella sentenza n. 47079/2019⁹⁹³, è solo con la terza che la

⁹⁸⁹ Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.

⁹⁹⁰ V., *ex multis*, Cass., Sez. II, 3 marzo 2009, n. 11522, in C.E.D., rv. 244199; Cass., Sez. V, 6 giugno 2017, n. 40291, in C.E.D., rv. 271212.

⁹⁹¹ La Corte dà, comunque, atto dell'opposto orientamento secondo il quale «*il fenomeno della tortura, nella sua essenza, include esclusivamente i fatti di violenza fisica o morale perpetrati da pubblici ufficiali nei confronti di individui che, per varie ragioni, si trovano sottoposti al loro potere (c.d. tortura di Stato), in tal senso deponendo sia la nozione storica di tortura, sia quella di diritto internazionale articolo 1 della Convenzione ONU del 1984*». Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.2.

⁹⁹² Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.2.

⁹⁹³ «*La nuova legge, tra l'ipotesi del reato comune e quella del reato proprio, accoglie una sorta di terza via, consistente nella previsione di un reato comune, accompagnata da un aggravamento afflittivo nell'ipotesi in cui la tortura sia commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio: il legislatore ingloba nel nuovo reato sia il fenomeno della tortura comune, commessa da chiunque, sia quello della cosiddetta "tortura di Stato", in cui il soggetto attivo è un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio*». Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.2. Pur non prendendo posizione sulla questione, implicitamente sembra ricavarsi dall'espressione utilizzata dalla Corte «*aggravamento*

Corte di legittimità si pronuncia al riguardo, inserendo *«l'affermazione più problematica della sentenza»*⁹⁹⁴. La norma di nuovo conio, invero, prevederebbe *«un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante»*⁹⁹⁵. Si tratta di un richiamo fugace, ma che almeno evidenzia, seppur discutibilmente, una prima presa di posizione della giurisprudenza. Secondo tale orientamento, tra le varie criticità di cui si è già provveduto a dare conto⁹⁹⁶, la Tortura di Stato sarebbe suscettibile di soccombenza dinanzi ad eventuali circostanze attenuanti concorrenti (ivi comprese quelle di cui all'art. 62-bis c.p.). Si auspica, pertanto, che la giurisprudenza si possa orientare in futuro verso la preferibile tesi della natura autonoma della fattispecie, argomentando in maniera analoga a quanto già accaduto con riferimento alle recenti norme di cui agli artt. 589-bis e 590-bis del codice penale⁹⁹⁷, utilizzando gli stessi argomenti fatti propri dalla dottrina: *«dato che sarebbe insostenibile ipotizzare la sussistenza di un'aggravante dell'aggravante, e preso atto che quelle dei commi 4 e 5 dell'art. 613 bis c.p. costituiscono autentiche circostanze aggravanti, è giocoforza ritenere che il comma 2 debba essere inquadrato come una fattispecie autonoma di reato, come tale sottratta al giudizio di bilanciamento»*⁹⁹⁸.

Passando, ora, all'analisi delle condotte, l'art. 613-bis c.p. introduce un reato a forma vincolata *«per le modalità della condotta (violenze o minacce gravi, crudeltà), per l'evento naturalistico (acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico) e per il soggetto passivo (persona privata della libertà personale o affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza dell'agente, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa)»* e

afflittivo» una propensione a favore della tesi della natura circostanziale di tale fattispecie. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., par.6; ID., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2019, 811-858.

⁹⁹⁴ A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, par. 7.

⁹⁹⁵ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 1.1.

⁹⁹⁶ V., *supra*, par. 6.2.

⁹⁹⁷ Si veda, in proposito, la parte motiva di Cass., sez. IV, 1° marzo 2017, n. 29721, in *C.E.D.*, rv. 270918.

⁹⁹⁸ A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., par. 8.

richiede, altresì, «una condotta plurima o abituale, o in alternativa, che il fatto comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona, L'evento può essere costituito, come detto, da “acute sofferenze fisiche” oppure da un “verificabile trauma psichico”, in via alternativa»⁹⁹⁹.

Sebbene la dottrina sia divisa in ordine alla natura del reato *de quo* nell'alternativa tra reato necessariamente abituale, istantaneo ed eventualmente abituale¹⁰⁰⁰, la giurisprudenza concespisce la tortura facendo leva su quest'ultima impostazione, essendo nel qual caso la condotta integrata anche «in presenza di sole due condotte e anche in un minimo lasso temporale come un'ora o alcuni minuti, potendo mutuarsì, sotto tale profilo, l'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione alla fattispecie degli atti persecutori, ex articolo 612-bis c.p., che contiene analoga previsione»¹⁰⁰¹, precisandosi che il reato possa essere realizzato anche attraverso un unico atto idoneo a ledere l'incolumità fisica, la libertà individuale e morale del soggetto che comporti «un trattamento inumano e degradante»¹⁰⁰².

Sempre con riguardo alla condotte, la Corte ha cercato di superare l'interrogativo riguardante l'aggettivo «gravi», da intendersi, pertanto, riferito sia alle minacce che alle violenze¹⁰⁰³. Occorre, inoltre, che queste ultime siano

⁹⁹⁹Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 5.4.

¹⁰⁰⁰V., *supra*, par. 8.

¹⁰⁰¹V., *ex multis.*, Cass., Sez. 5, 13 giugno 2016, n. 38306, in C.E.D., rv. 267954.

¹⁰⁰²Si pensi al *waterboarding*, una delle più antiche tecniche di tortura utilizzate anche in tempi recenti nei confronti dei prigionieri di Guantanamo. V., Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.1. Con riferimento alla prima pronuncia del Tribunale di Lecce, il G.U.P. aveva accerato che il fatto delittuoso fosse stato tale da comportare anche un trattamento inumano e degradante facendo riferimento alle condotte di tentato annegamento, in sostanza ascrivibili al “*waterboarding*” ed agli atti fortemente lesivi della dignità umana commessi dagli imputati, il più grave dei quali è stato sicuramente quello di urinare sul corpo della persona offesa.

¹⁰⁰³La Corte, tuttavia, dà conto che i lavori preparatori, in realtà, non offrono elementi confortanti, non essendo chiara l'intenzione del legislatore storico, poichè, talvolta, sembra pacifico che le sole minacce debbano essere gravi, altre volte, invece, che la gravità debba connotare anche la violenza. Cfr. LL.PP., *Dossier n. 149/3, Elementi per l'esame in Assemblea*, 23 giugno 2017, p. 2. Il G.U.P. del Tribunale di Lecce aveva ravvisato il requisito della gravità relativo sia alle minacce che alle violenze. Invero la persona offesa era stata minacciata di morte, nonché di azioni ritorsive non meglio definite nei confronti della moglie e della figlia, oltre essere stata brutalmente picchiata a più riprese, costretta a rimanere vigile per poter continuare a perpetrare le violenze ed il tutto sempre con l'arma puntata. Ben può dirsi che il requisito della gravità sia integrato, atteso che la minaccia è grave quando è commessa con l'uso delle armi, ma anche quando sia in grado di ingenerare un grave turbamento psichico

realizzate «reiteratamente in più riprese o, comunque, con modalità tali che si possa parlare di più condotte, perchè realizzate in un arco temporale abbastanza lungo, o perchè, per le modalità di esecuzione, possano distinguersi plurime manifestazioni di violenza fisica o morale»¹⁰⁰⁴. Nella vicenda che ha interessato il soggetto disabile nel Comune di Manduria, ben si può ravvisare tale circostanza in relazione al caso concreto, essendosi trattato di violenze ripetute, compiute in orario notturno e realizzate con modalità tali da moltiplicarne enormemente la valenza offensiva e intimidatoria. «E' evidente, infatti, secondo la ricostruzione dei giudici di merito, che si sia trattato di vere e proprie "spedizioni punitive" ai danni di un soggetto afflitto da patologia psichica, oltre che da un profondo disagio esistenziale e sociale, di carattere schivo, autoemarginatosi socialmente, quanto debole, inoffensivo e incapace di difendersi»¹⁰⁰⁵. Dall'analisi del caso concreto, inoltre, si evince una particolare sfumatura della nozione di violenza, essendo la stessa diretta non solo verso la persona della vittima, bensì anche «sulle cose»¹⁰⁰⁶, come dimostrano i continui e reiterati danneggiamenti ai danni della abitazione del soggetto passivo con lancio di pietre e di altri oggetti, calci e colpi alla porta agli infissi e la distruzione dei suppellettili di casa.

Dottrina e giurisprudenza trovano un punto di incontro sull'interpretazione del requisito della crudeltà, dovendosi richiamare l'esegesi di cui all'art. 61 comma 1 n. 4 c.p., offerta dalle Sezioni Unite¹⁰⁰⁷. Esso «integra un requisito di natura prettamente valutativa e intrinsecamente dotato di forte carica valoriale»¹⁰⁰⁸,

nella vittima, considerate le circostanze concrete in cui la minaccia è proferita (Cass., Sez. V., 10 febbraio 2017, n. 32368; Cass., Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 35593; cass., Sez. V, 29 maggio 2015, n. 44382). Nella pronuncia *de qua*, anche le violenze sono state qualificate come gravi. Decisiva per considerarle tali risulta l'aggravante dell'uso delle armi con cui la violenza è stata commessa: viene, invero, specificato che tale aggravante è stata ritenuta sussistente dalla giurisprudenza anche nel caso di utilizzo di armi giocattolo o bastoni (v., rispettivamente Cass., Sez. V, 17 gennaio 2013, n. 10179 e Cass., Sez. V, sent 13 dicembre 2006, n. 682). Sul punto, F. GIRALDI, *Prime applicazioni*, cit., 6-7.

¹⁰⁰⁴ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.3.

¹⁰⁰⁵ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.4.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁷ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 40516, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc. 5, 604, con nota di P. VENEZIANI, *Dolo d'impeto ed aggravante sulla crudeltà*.

¹⁰⁰⁸ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.4.1.

per il quale non è richiesta la reiterazione. Nel caso del Comune di Manduria, l'irruzione, anche ripetuta, nell'abitazione della persona offesa in tempo di notte, l'aggressione corale di una vittima inerme, l'utilizzo di corpi contundenti, le urla di scherno rivoltegli ed anche la necessità sentita di immortalare¹⁰⁰⁹ il terrore che il soggetto passivo manifestava, costituiscono degli indicatori del fatto che l'aggressione rappresentava non già un episodio fine a se stesso in cui si ricercava solo di attentare all'integrità fisica del soggetto passivo secondo un percorso di «normalità causale», ma un momento attraverso il quale gli agenti perseguivano una propria forma di soddisfazione legata alla capacità di generare le sofferenze altrui e di condividere con altri, mediante *chat*, tale capacità¹⁰¹⁰. Neppure in relazione ai fatti del Tribunale di Lecce sembrano residuare particolari dubbi nel giudizio. Il magistrato, invero, era stato in grado di individuare nelle condotte aggressive e gratuite degli imputati quella efferatezza e capacità di cagionare sofferenze aggiuntive rispetto a quelle richieste per la sussistenza del reato che notoriamente caratterizzano la crudeltà. Da questo punto di vista si potrebbe intravedere un tentativo di superamento delle censure in merito alla eccessiva vaghezza di tale condotta¹⁰¹¹.

La Corte si sofferma, poi, sulla locuzione mediante più condotte, dovendo la stessa essere «interpretata come relativa non solo ad una pluralità di ordine temporale con episodi eventualmente reiterati nel tempo, bensì anche alla perpetrazione di più contegni violenti nello stesso contesto cronologico»¹⁰¹². A tal proposito, la Quinta Sezione ha ravvisato un depotenziamento della norma qualora si accedesse ad un'interpretazione della stessa tesa a circoscriverne l'applicazione «ai casi di reiterazione differita nel tempo delle condotte, perchè tanto lascerebbe prive di tutela delle situazioni ben possibili nella pratica in cui la tortura venga posta in essere, con le conseguenze sulla persona offesa

¹⁰⁰⁹ Basti pensare al fatto che i giovani registravano le loro bravate, trasmettendo le videoriprese anche al di fuori della *chat* che gli stessi condividevano e, soprattutto, deridendo l'anziano signore e traendo divertimento da siffatte condotte.

¹⁰¹⁰ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.2.1.

¹⁰¹¹ F. GIRALDI, *Prime applicazioni*, cit., 7.

¹⁰¹² Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.1.

che pure il legislatore ha previsto, in un unico contesto temporale»¹⁰¹³. Tale riflessione della Corte non è casuale, ma si riferisce ad un contesto ben preciso, quello della Scuola Diaz. Un'interpretazione che ne circoscrivesse l'applicazione ai casi di reiterazione differita nel tempo delle condotte, determinerebbe il paradosso di impedire l'applicazione dell'art. 613-bis c.p. a fatti analoghi a quelli verificatisi nella scuola Diaz, laddove non vi sia stata la reiterazione, diluita nel tempo, delle condotte. Ciò, inoltre, implicherebbe «l'adozione di una prospettiva indubbiamente distonica rispetto a quella seguita dalla Corte EDU laddove ha ricondotto quei fatti alla nozione di tortura di cui all'art. 3 della CEDU, dando così luogo ad una lettura non convenzionalmente orientata della disposizione di nuovo conio»¹⁰¹⁴. La Corte si sofferma, altresì, sulla problematica nozione di «trattamento inumano e degradante» affermando come l'art. 613-bis c.p. richiami la nozione utilizzata dall'articolo 3 CEDU. In particolare, «precisa essere un elemento alternativo alla pluralità di azioni e che i due aggettivi»¹⁰¹⁵ e che questi ultimi «sono riferiti al trattamento e, quindi, all'esito offensivo della condotta, e non ai comportamenti dell'agente». Nessuna presa di posizione emerge in ordine alla tanto discussa congiunzione «e», mentre i giudici di legittimità si soffermano sul significato di tali attributi, mostrando anche una sicura padronanza della giurisprudenza della Corte europea in tema di articolo 3 CEDU, con particolare riferimento alle progressione scalare e di continenza esistente tra le nozioni di tortura da un lato e di trattamento inumano e/o degradante dall'altro. I trattamenti inumani e degradanti devono essere, pertanto, interpretati quali condotte in grado di indurre nella vittima sofferenze di minore intensità rispetto a quelle che connotano il concetto di tortura¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ *Ibidem*. Nella pronuncia in esame, la circostanza che uno dei ricorrenti si fosse recato *una sola volta* sul luogo dei fatti, non sarebbe valso ad escludere la natura abituale del reato, emergendo dagli atti di indagine l'attribuzione al medesimo della perpetrazione di più condotte violente, ancorché poste in essere nello stesso contesto cronologico.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*.

¹⁰¹⁵ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.5.

¹⁰¹⁶ Come già in precedenza evidenziato, tale situazione determina un'eccessiva dilatazione dei confini dell'art. 613-bis c.p. includendo, nell'ambito applicativo della norma, anche condotte

Con riguardo al primo degli eventi, ossia le acute sofferenze fisiche, viene esclusa una coincidenza tra le stesse e le lesioni, quali elementi circostanziali di cui al comma 4 evidenziando d'altra parte, che *«se la condizione per la punizione del reato di tortura fosse quella dell'evidenza delle conseguenze fisiche sul corpo della vittima, resterebbero fuori dalla tutela penale tutte quelle condotte foriere di sofferenze fisiche acute, ma che non lasciano segni sul corpo di chi le subisce»*¹⁰¹⁷.

In relazione al secondo degli eventi, trauma psichico, la giurisprudenza ne fornisce una definizione richiamando quella che è stata teorizzata in ambito psicologico, quale *«evento che, per le sue caratteristiche, risulta “non integrabile” nel sistema psichico pregresso della persona, minacciando di frammentare la coesione mentale, e che, come tale, può essere anche temporaneo, non essendo necessario che l'esperienza dolorosa si traduca in una sindrome di trauma psicologico strutturato (PTSD)»*¹⁰¹⁸. Inoltre, in accordo con la dottrina maggioritaria, l'aggettivo *«verificabile»* rimanderebbe *«a un trauma psichico riscontrabile oggettivamente, attraverso l'accertamento probatorio»*, non essendo necessario, invece, alcun riscontro nosografico o peritale¹⁰¹⁹. Nel caso di Manduria, il trauma psichico si evinceva dal volto terrorizzato e disorientato della vittima, così come ripreso dalle telecamere e dalle condizioni in cui lo avevano trovato i poliziotti, quando, recatisi nella sua abitazione, constatavano che

non meritevoli di essere punite come tortura. V., *supra*, par. 8.

¹⁰¹⁷ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.2.3. Ciò ben si evinceva non solo dai certificati medici relativi alla persona offesa, quanto dalla documentazione video delle violenze *«che corroborava l'idea che le condotte degli indagati avessero provocato alla persona offesa le conseguenze in termini di patimento fisico richieste dal legislatore della novella»*.

¹⁰¹⁸ Cass., Sez. V., 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 6.7.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*. La Corte, così come avanzato dalla dottrina, mutuando quanto è stato affermato in tema di atti persecutori, con riferimento alla causazione, nella persona offesa, di un grave e perdurante stato di ansia o di paura, sancisce che la prova dell'evento vada ancorata ad elementi sintomatici del trauma psicologico, ricavabili *«dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare tale effetto destabilizzante in una persona comune, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata»*. Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. 2 marzo 2017, n. 17795, in C.E.D., rv 269621.

l'anziano, «rintanato in casa da giorni», temeva di aprire loro la porta, rinunciando persino «ad acquistare i generi di prima necessità», per timore di imbattersi nei suoi aguzzini, non potendosi quindi ritenere valide le ragioni adotte dalla difesa dei soggetti agenti, che pretendeva di identificare tale evento nella patologia mentale, cui la vittima era affetta¹⁰²⁰.

Infine, sul versante dei soggetti passivi, in due pronunce la linea difensiva poneva in dubbio la costituzionalità della minorata difesa, in violazione degli artt. 3 e 25 Cost. e sul quale, però, la Suprema Corte soprassiede. Nel primo caso analizzato, in particolare, erano state superate le censure avanzate in ordine alla sussistenza del requisito *de quo*, dato che nell'art. 613-bis c.p. tale requisito viene contemplato come alternativo allo stato di privazione della libertà personale e, nel caso di specie, si ravvisava proprio quest'ultimo stato di soggezione, considerato che il Tribunale del riesame aveva ritenuto assorbito in quello di tortura, il reato di sequestro di persona¹⁰²¹. In relazione al caso di Manduria, invece, si è assistito ad una particolare linea difensiva dei ricorrenti, i quali miravano ad escludere la condizione di minorata difesa della vittima, indicando una potenziale reattività della vittima, esplicitasi nell'aver sporto a più riprese denunce per fatti analoghi. In linea con gli approdi dottrinali, i quali fanno leva sull'applicabilità, in relazione a tale elemento costitutivo, della giurisprudenza vigente in tema della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p., il Tribunale del riesame ha fatto propria tale esegesi, valorizzando le condizioni personali della vittima (la sua patologia psichica) e le situazioni logistiche e temporali di cui i soggetti agenti hanno approfittato (il contesto abitativo, l'impossibilità di chiedere aiuto attraverso un telefono, il tempo di notte e l'isolamento della zona ove l'abitazione era ubicata) che impedivano o, comunque, ostacolavano la difesa della vittima¹⁰²².

Ulteriore ed ultimo passaggio di rilievo affrontato dalla Corte di legittimità proprio in quest'ultima pronuncia attiene alla valutazione del contributo

¹⁰²⁰ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.2.4.

¹⁰²¹ Cass., Sez. I, 15 maggio 2018, n. 37313, cit., par. 2

¹⁰²² Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.3.

concorsuale nella realizzazione della fattispecie criminosa, atteso che tra i responsabili era stato indicato un soggetto che, oltre a sostenere di essere estraneo ai fatti, non era neanche membro della *chat* di gruppo tramite la quale venivano coordinate le spedizioni punitive e che la sua partecipazione si era limitata ad un unico episodio. Sul punto, la Corte non ha esitato ad aderire alla teoria della causalità agevolatrice del concorso di persone nel reato, non restringendo l'ambito applicativo dell'art. 110 c.p. alle sole ipotesi in cui il contributo concorsuale si ponga in diretto rapporto causale con la realizzazione del reato. Ormai, infatti, per costante orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁰²³, la configurabilità della fattispecie del concorso di persone deve necessariamente estendersi anche a quelle ipotesi in cui la condotta partecipativa realizzi un apprezzabile contributo, sia che esso si espliciti tramite il rafforzamento dell'intento criminoso o tramite l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti. La Corte ha sottolineato come in tali casi il partecipe rafforzi comunque le possibilità di riuscita del reato, diminuendo il rischio di insuccesso¹⁰²⁴.

Si conclude, così, la prima rassegna giurisprudenziale in ordine all'art. 613-*bis* c.p.. Sebbene da un lato le si possa riconoscere il merito di aver chiarito alcuni aspetti problematici della Novella, dall'altro ha lasciato aperti molti interrogativi. L'auspicio è che la Corte di legittimità possa ritornare sui suoi passi evitando, così, di porsi in contrasto con gli obblighi di tutela penale assunti dal nostro Paese.

¹⁰²³ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 52791, in *C.E.D.*, rv. 274521.

¹⁰²⁴ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, cit., par. 7.

CAPITOLO 3

PROFILI COMPARATISTICI: UNO SGUARDO ALL'EUROPA

SOMMARIO: 1.Premessa: il delitto di tortura nelle legislazioni penali europee.– 2.Il modello «*convenzionalmente conforme*».– 3.Il modello «*non convenzionalmente conforme*».– 4.Il modello «*c.d. ibrido*».– 5.Il modello «*tedesco*».– 6.I modelli degli altri Paesi europei.– 7.Considerazioni conclusive.

1.Premessa: il delitto di tortura nelle legislazioni penali europee

La riflessione sulla tortura dal punto di vista comparatistico, come messo in luce in precedenza¹⁰²⁵, non può prescindere da uno sguardo al contesto sovranazionale vigente in materia, nell'ottica di una comparazione di tipo «*verticale*». E' stato ampiamente evidenziato, invero, come il nucleo essenziale della Convenzione contro la tortura risieda nel combinato disposto degli artt. 1 e 4 CAT, i virtù dei quali vengono delineati i tratti tipici degli atti costituenti tortura e si prevede che gli stessi siano «*punishable by appropriate penalties*».

Analoghi obblighi di penalizzazione e la ricostruzione della definizione di tortura si ricavano, altresì, dall'interpretazione dell'art. 3 CEDU, fornita dalla Corte di Strasburgo, quest'ultima definita, peraltro, Giudice «*comparatista per eccellenza*»¹⁰²⁶.

Da tali obblighi di criminalizzazione discende la necessità di introdurre, negli ordinamenti giuridici nazionali, una fattispecie *ad hoc* volta a reprimere pratiche di tortura, in grado di garantire una tutela effettiva alle vittime sottoposte a tali barbarie ed atrocità. Emerge, così, l'importanza dell'analisi

¹⁰²⁵ V., *supra*, Cap.1

¹⁰²⁶ C. L. ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista*, in B. MARKESINIS, J. FEDKE (a cura di), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, 460. Tale espressione è legata al fatto che la Corte EDU volge il proprio sguardo al diritto di ordinamenti esterni alla Convenzione, al diritto internazionale ed a quello di altre Convenzioni internazionali in tema di diritti umani, alla Corte internazionale di Giustizia, al Comitato per i diritti umani ed a quello contro la tortura delle Nazioni Unite, ma non solo. La sua giurisprudenza, infatti, utilizza, in via comparativa, anche il diritto degli Stati membri.

comparata anche a livello «orizzontale», mediante il raffronto delle normative vigenti nei diversi Paesi. Quando si parla di comparazione, ci si riferisce ad una «operazione logica, svolta in modo esplicito, che comporta lo studio analitico degli ordinamenti e delle norme ivi introdotte, la considerazione dei dati ricavati, il loro raffronto e una sintesi da cui emerge la valutazione critica che contiene il giudizio comparativo»¹⁰²⁷. Non si deve cadere nell'errore di considerare tale operazione confinata alla sola ricerca della emersione delle similitudini, convergenze ed affinità fra le normative presenti nei diversi ordinamenti giuridici, dovendosi, invece, tenere ben in considerazione «l'esigenza di non negare le differenze»¹⁰²⁸.

La funzione primaria della comparazione è rappresentata da un ampliamento delle conoscenze. Le nozioni che, così, vengono acquisite possono essere utilizzate per fini teorici (è il caso di chi si appresta a fare ricerca) ovvero per fini pratici¹⁰²⁹ (finalità tipica del legislatore e del giudice). Ben può accadere che la finalità teorica del ricercatore che «si ritiene libero di avventurarsi nella comparazione al semplice fine di allargare il proprio ambito di indagine per meglio comprendere una realtà giuridica»¹⁰³⁰, possa avere delle ricadute pratiche, fornendo, così, uno spunto al giudice ed al legislatore al fine di garantire loro un apporto strumentale alla migliore giustificazione della creazione o della interpretazione di una determinata norma¹⁰³¹. Non si vuole di certo avere, con il presente elaborato, la pretesa di fornire uno strumento volto ad orientare l'operato del potere giudiziario e di quello legislativo, ma si auspica che mediante il raffronto tra la neo introdotta fattispecie con la normativa sovranazionale (comparazione verticale) e con la legislazione penale

¹⁰²⁷ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, 2013, 105.

¹⁰²⁸ In tal senso P. LEGRAND, *The Same and the Different*, in P. LEGRAND, M. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 240 ss. e 292 ss.

¹⁰²⁹ In tal senso L. J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, (trad. it.), Milano, 2000, 257 ss.; B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, (trad. it.), Milano, 2004, 99 ss.

¹⁰³⁰ G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, 25.

¹⁰³¹ Il legislatore, infatti, ricorre alla comparazione «ex ante», per formulare un testo normativo volto ad operare *pro futuro*, in un numero indeterminato di casi da verificarsi; il giudice, invece, effettua l'analisi comparata con il fine pratico di argomentare nel miglior dei modi il proprio *decisum*.

dei vari Stati europei (comparazione orizzontale) si possa raggiungere il fine di fornire delle linee guida che tentino di risolvere i problemi interpretativi che l'art. 613-*bis* c.p. determina.

Nel caso di specie, oggetto della comparazione saranno, da un lato, quegli ordinamenti in cui il reato di tortura ricalchi in maniera pedissequa la definizione internazionalistica, potendosi far rientrare in quello che di seguito sarà chiamato c.d. «*modello convenzionalmente conforme*», dall'altro quegli ordinamenti che, invece, si sono totalmente discostati dalla definizione contenuta nella Convenzione ONU e rientranti nel c.d. «*modello non convenzionalmente conforme*»¹⁰³². Risulta possibile, a parere di chi scrive, individuare, altresì, un terzo ed un quarto modello, il primo rappresentato da quei Paesi che hanno introdotto una fattispecie «*ibrida*» i quali, solo in relazione ad alcuni elementi significativi della fattispecie, si sono ispirati all'articolo 1 CAT («*modello c.d. ibrido*») ed il secondo, che non prevede nella propria legislazione penale uno specifico reato volto a punire la tortura in quanto tale, in cui, però, sussistono disposizioni costituzionali in grado di rappresentare «*altrettante norme di sbarramento alla legittimazione di condotte ascrivibili al genus tortura*»¹⁰³³ («*c.d. modello tedesco*»).

Tale analisi per modelli consentirà di ampliare l'orizzonte delle conoscenze secondo quella finalità teorica di cui si parlava poc'anzi, la quale avrà importanti riflessi e ricadute anche in ambito pratico, principalmente per valutare l'adeguatezza delle scelte effettuate dal legislatore italiano nel criminalizzare i fatti di tortura e per ragionare in prospettiva di una miglior calibratura, soprattutto a livello giurisprudenziale, dell'ambito applicativo dell'art. 613- *bis* c.p.

¹⁰³² Una simile classificazione per modelli è stata elaborata dal Prof. Padovani. Egli ravvisa un c.d. «*Modello spagnolo*», che si «*ispira da vicino*» al testo della Convenzione. Il riferimento alla Spagna è stato scelto dal Professore poiché, dallo studio comparatistico dallo stesso svolto, riteneva tale Paese il primo ad essersi uniformato al modello stesso, con la codificazione del 1995. Di contro, è possibile ravvisare un c.d. «*Modello francese*», che differisce totalmente dalla definizione internazionale di tortura, e che deriva dalla codificazione francese del 1994. Cfr., T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema penale assente*, Pisa, 2015, 28 ss.

¹⁰³³ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 202.

E' opportuno evidenziare fin d'ora come un primo tentativo, seppur poco riuscito di comparazione, sia già stato effettuato dal legislatore nazionale. Si deve premettere che la sede tradizionalmente individuata per il ricorso alla comparazione è rappresentata proprio dalla redazione dei testi normativi. Infatti, «*storicamente, l'occasione per lo sviluppo della moderna scienza della comparazione è stata proprio offerta dagli studi della legislazione comparata*»¹⁰³⁴. Al legislatore nazionale, più che i «*testi*» di per se stessi considerati interessano le «*idee*» che stanno alla base delle formulazioni normative¹⁰³⁵ o le soluzioni offerte a problemi sentiti nel Paese. «*Ogni legislatore si mantiene assolutamente libero di procedere all'approfondimento delle legislazioni altrui e di svolgere analisi comparative*»¹⁰³⁶. Ciò rappresenta il frutto della costituzione di relazioni sempre più intense fra i Parlamenti delle diverse aree geografiche, dello scambio di informazioni e della messa in opera di svariate modalità collaborative, che parte della dottrina identifica sotto le espressioni «*dialogo fra i legislatori*»¹⁰³⁷ e «*cooperazione interparlamentare*»¹⁰³⁸.

Ciò premesso, pur apprezzandosi l'interesse del Parlamento italiano nei confronti dei delitti di tortura vigenti in altri ordinamenti (in particolare, Francia, Germania, Regno Unito e Spagna), non si può non sottolineare come l'approfondimento comparatistico, se così può essere chiamato, risultante dai documenti dell'istruttoria parlamentare presenti sui siti *internet* della Camera e del Senato¹⁰³⁹, sia stato decisamente «*scarno*», limitandosi a riportare un

¹⁰³⁴ G. DE VERGOTTINI, *op.cit.*, 25.

¹⁰³⁵ A. WATSON, *Legal Transplants: an approach to comparative law*, Edimburgh, 1974, 17.

¹⁰³⁶ G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, 33.

¹⁰³⁷ D. BARAK EREZ, *An International Community of Legislature?*, in R. W. BAUMAN, T. KAHANA (a cura di), *The Least Examined Branch: The role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, 2006, 532 ss; C. DECARO, N. LUPO, *Il dialogo fra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009, *passim*; L. SCAFFARDI, *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Napoli, 2011, *passim*.

¹⁰³⁸ N. LUPO, *Lo sviluppo del dialogo tra parlamenti in Italia*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *op. ult. cit.*, 127 ss.

¹⁰³⁹ Servizio Biblioteca della Camera dei deputati, *Il reato di tortura nei principali ordinamenti europei. Note informative sintetiche, n. 11, 5 maggio 2014 (XVII Legislatura)*, consultabile on line nel sito www.camera.it o www.senato.it.

elenco di norme, tradotto in lingua italiana, peraltro incompleto¹⁰⁴⁰, mancando il riferimento all'art. 212-1 del Code pénal francese, riguardante la figura della «tortura e atti di barbarie» ed all'apposita sezione che il Belgio ha dedicato al delitto *de quo* nel proprio codice penale. Solo menzionati, invece, gli articoli dal 175 al 177 del Codice penale spagnolo, riportando esclusivamente il contenuto normativo delle precedenti norme di cui agli artt. 173-175. E' pur vero che la fattispecie più rilevante contenete la definizione di tortura è da rinvenirsi nell'art. 174; tuttavia non si può tralasciare la circostanza che all'interno del Titolo VII (*de las torturas y otros delitos contra la integridad moral*) del Libro II del *Código Penal* (artt. 173-177), si possono ravvisare non una singola fattispecie, bensì una pluralità di reati volti a reprimere fatti costituenti tortura¹⁰⁴¹.

Dall'analisi delle varie normative europee se ne ricaverà che quasi tutti i Paesi europei¹⁰⁴² siano stati adempienti, introducendo il reato di tortura, seppur delineato in maniera divergente a seconda dell'ordinamento di riferimento, con specifico riguardo alla collocazione topografica della norma, al soggetto attivo del reato, all'elemento soggettivo del dolo specifico ed al trattamento sanzionatorio; tuttavia ciò non basta per dimostrare l'effettivo rispetto degli obblighi di criminalizzazione derivanti dall'ordinamento sovranazionale, essendo fondamentale analizzare gli elementi costitutivi del delitto introdotto nelle singole realtà nazionali e valutare se collimino con quanto sancito nei

¹⁰⁴⁰E. SCAROINA, *op. cit.*, 169; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela fisica e morale della persona umana sottoposta a restrizioni della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, 6.

¹⁰⁴¹A. CADOPPI, *Aspetti comparatistici e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 173; E. SCAROINA, *op. ult. cit.*, 171; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 16.

¹⁰⁴²In senso analogo, M. BARTOCCI, *Il reato di tortura manca solo in Italia e in Germania*, in *Il Manifesto*, (web)-<http://www.ilmanifesto.it>, 8 aprile 2015; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 7. Così si legge, altresì, nella presentazione della manifestazione organizzata da alcune organizzazioni, in particolare Coalizione Italiana Libertà e Diritti Civili, Associazione Antigone, Amnesty International, ARCI, Cittadinanza Attiva e molte altre, che il 10 dicembre 2014 manifestarono presso la Camera dei Deputati con un minuto di silenzio, con l'intento di insistere affinché l'Italia, in ottemperanza a quanto previsto dalla Nazioni Unite, potesse vedere introdotto nel proprio codice penale il delitto di tortura.

Documenti internazionali e stabilito dall'interpretazione delle Corti sovranazionali.

Lo studio delle esperienze legislative straniere è motivato non solo dalla parziale insoddisfazione per l'attuale assetto della normativa penalistica italiana, ma anche dalla necessità di individuare, ove possibile, soluzioni nazionali maggiormente conformi ai principi del sistema del diritto penale contemporaneo.

L'obiettivo che si pone questa analisi comparata, pertanto, sarà duplice: in primo luogo, dimostrare la corrispondenza o meno del reato introdotto nei Paesi europei al modello fornito dalla fonti sovranazionali (in particolare dalla Convenzione ONU). In secondo luogo, sarà ripresa nell'ultimo capitolo del presente elaborato, dove si cercherà di trarre qualche spunto di riflessione volto ad individuare le caratteristiche che dovrebbe avere, da un punto di vista normativo, un «*buon reato di tortura*», provando a fornire una risposta ad un quesito che riecheggia nell'attuale panorama dottrinale: «*è meglio una brutta legge che nessuna legge?*»¹⁰⁴³.

2. Il modello «convenzionalmente conforme»

A seguito della Convenzione del 1984, quei Paesi che vi avevano aderito nel corso degli anni, avevano provveduto, nell'ambito delle codificazioni successive all'entrata in vigore della Convenzione stessa nei rispettivi ordinamenti, ad inserire una fattispecie per l'incriminazione della tortura. Come precisato in premessa, «*la mappa della disciplina al riguardo*»¹⁰⁴⁴, approntata dalle normative dei diversi Paesi, si presenta decisamente variegata. Procedendo con l'analisi per modelli, il primo che sarà preso in considerazione è quello c.d. «convenzionalmente conforme». Esso riguarda quegli Stati che,

¹⁰⁴³ Sul punto, cfr., *ex multis*, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalle L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 101-103.

¹⁰⁴⁴ A. SCAROINA, *op.cit.*, 170.

nell'introdurre il delitto di tortura, si siano pedissequamente attenuti all'impronta definitoria di cui all'art. 1 CAT.

L'analisi si concentrerà, dapprima, sul principale ordinamento europeo che maggiormente lo rappresenta, ossia quello spagnolo. Esso è stato scelto come principale oggetto di analisi perché è stato tra i primi ad uniformarsi a questo modello e per la conseguente particolare attenzione che lo stesso ha riservato a questa fattispecie sia a livello costituzionale che nella legislazione penalistica, tanto da individuare una pluralità di fattispecie. Nei paragrafi conclusivi di questo capitolo verranno effettuate ulteriori considerazioni in ordine ad altri Paesi che, per ragioni classificatorie, possano essere ricondotti a tale modello.

Si deve riconoscere alla Costituzione spagnola il merito di essere una tra le poche Carte costituzionali a menzionare espressamente il termine «tortura», all'art. 15 del Codice penale, secondo il quale «*tutti hanno diritto alla vita ed alla integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*»¹⁰⁴⁵. Ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, già si poteva scorgere, all'interno del *Código Penal* del 1973, una disposizione volta a punire fatti costituenti tortura. Il riferimento è l'art. 204 -bis¹⁰⁴⁶ c.p., la cui introduzione risale alla legge n. 3

¹⁰⁴⁵ Art. 15 della Costituzione spagnola del 1978: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*». Per un commento v., G. R. MORULLO, *Comentario al artículo 15*, in Ó. ALZAGA (a cura di), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1996, 290.

¹⁰⁴⁶ L'articolo 204-bis del c.p. spagnolo sanciva: «(I) La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial. Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en el artículo 582, párrafo segundo, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de prisión menor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación especial. Cuando los actos ejecutados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito y será castigado con las penas de arresto mayor y suspensión. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores. (II) La autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial. (III) Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

del 17 luglio 1978¹⁰⁴⁷. Seppur poteva rappresentare un enorme passo avanti nella lotta contro la tortura, la norma era stata oggetto di numerose critiche poiché si discostava, sotto molteplici aspetti, dall'impianto definitorio stabilito nell'art. 1 della *Convention against Torture*, che la Spagna aveva in precedenza firmato e ratificato. In particolare, gli aspetti maggiormente criticabili erano da rinvenirsi nella circostanza di reprimere unicamente quelle forme di «*tortura indagatoria*» poste in essere da pubblici agenti e consistenti nell'inflizione di dolore o sofferenze fisiche o mentali volte ad ottenere una confessione ovvero una testimonianza e forme di tortura perpetrate in ambito penitenziario, poste in essere nei confronti dei detenuti (*maltrato penitenciario*), con evidente delimitazione delle condotte punibili rispetto alla definizione internazionalistica di tortura. Per non parlare, poi, dell'inadeguatezza del trattamento sanzionatorio¹⁰⁴⁸. Inoltre, l'art. 204-*bis* c.p. non costituiva una fattispecie autonoma propria, bensì una mera circostanza aggravante di alcuni reati comuni, quali l'omicidio, le lesioni e le minacce, qualora posti in essere da un soggetto qualificato.

Vista l'inadeguatezza della disciplina, con il Código Penal del 1995, il legislatore spagnolo, questa volta maggiormente rispettoso degli obblighi internazionali, è intervenuto reprimendo la trasgressione del divieto di tortura in virtù delle disposizioni contenute nel Titolo VII («*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*»), Libro II, articoli dal 173 al 177. In questo titolo sono disciplinati una serie di reati volti a proteggere la dignità umana, intesa come il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, conformemente al dettato costituzionale¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15, 1996, 95.

¹⁰⁴⁸ J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura y otros atentados contra la integridad moral*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, 61-63.

¹⁰⁴⁹ «No obstante, aunque el derecho a la integridad moral goza de entidad propia, como se desprende del artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional normalmente alude a la dignidad como objeto de tutela superior en la tortura, siguiendo la senda marcada por el TEDH en relación con el artículo 3 CEDH». SSTC 224/2007, del 22 ottobre 2007, 22 (F. J.3); SSTC 34/2008, del 25 febbraio 2008, (F. J.5); SSTC 52/2008, del 14 febbraio 2008 (F. J.2); SSTC 63/2008, del 26 maggio 2008 (F. J.2); SSTC 123/2008, del 20 ottobre 2008 (F. J.2); SSTC 12/2013, del 28 gennaio 2013 (F. J.3). «Esa postura conecta con su concepción de la dignidad

Il bene giuridico tutelato, così come nel nostro ordinamento, è costituito dall'integrità morale¹⁰⁵⁰. Benché la dottrina maggioritaria identifichi l'integrità

*como un valor supremo que el Derecho no puede cercenar y que constituye el fundamento de los derechos reconocidos a la persona por el hecho de serlo, entre ellos, la integridad física y moral, junto al honor, la libertad de ideas y creencias, la intimidad, o la propia imagen». STC, en Pleno, 120/1990, del 27 giugno 1990 (F. J.4). In senso analogo, la STC 57/1994, del 28 febbraio 1994 (F. J.3). «El artículo 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular». STC, en Pleno, 120/1990, de 27 giugno 1990 (F. J.8). Il Tribunal Constitucional sancisce, altresì, che: «dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, del 30 marzo 2000, (F.J.8); SSTC 32/2003, del 13 febbraio, (F.J.7); SSTC 181/2004, del 2 novembre 2004, (F.J.13); Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, § 88; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, 62736/09, § 95; Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 aprile 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, ric. n. 32357/96 § 28; Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2003, *Kmetty c. Hungría*, ric. n. 57967/2000, § 32; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 novembre 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, ric. n. 56030/07, § 120). Tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscriba para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» STC 34/2008, del 25 febbraio 2008 (F. J.5).*

¹⁰⁵⁰ Sul punto, J. C. CARBONELL MATEU, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, a cura di T. S. VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, 892 ss; J. MUÑOZ SANCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1996, 22; A. I. PÉREZ MACHÍO, *Artículo 174*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al Código penal*, Valladolid, 2010, 691-692. A sostegno, invece, della plurioffensività del delitto di tortura v., M. J. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, Comares, *Col Critica del Derecho*, 2000, 208; M. TORRES, *Revisión del delito de tortura tras la reciente Stedh de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «tortura de rescate» (Rettungsfolter)*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2014, 301, secondo i quali la fattispecie *de qua* offenderebbe, oltre all'integrità morale, il corretto esercizio della funzione pubblica. Sulla natura plurioffensiva del reato, si veda, altresì, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura*, cit., 86-87; M. DEL MAR DÍAZ PITA, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de de tortura y atentados contra la integridad moral*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol.I, 1977, 49. Tali ultimi Autori ravvisano l'ulteriore violazione dei diritti fondamentali rispetto ad ogni forma di abuso di potere. A sostegno, infine, della plurioffensività del delitto di tortura, sia in termini di violazione dell'integrità morale sia di violazione della libertà personale, sia dell'amministrazione della giustizia, v., rispettivamente, J. M. TAMARIT SUMALLA, *Artículo 174*, in *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Pamplona, 2011, IX ed., 259; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos de torturas y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)*, in CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, 1996, 77. Per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal*, in *La Ley*, Tomo 6, 1996, 1669, *passim*; M. GARCÍA ARÁN, *La protección penal de la integridad moral*, in J.L. Díez RIPOLLÉS (a cura di), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José*

morale nel diritto riconosciuto dall'art. 15 della Costituzione spagnola, permangono, tuttavia, alcuni dubbi in merito al reale significato da attribuirsi a tale espressione, in virtù della sussistenza di diverse concezioni¹⁰⁵¹. Si ritiene, tuttavia, preferibile la tesi¹⁰⁵² che, in linea con l'orientamento assunto dal Tribunale Supremo, identifica la violazione della libertà morale con la lesione dell'autodeterminazione individuale, in quanto le offese degradanti ed umilianti devono comportare la negazione radicale della volontà della persona, intesa come entità dotata di dignità per il solo fatto di esserlo, ovvero «*soggetto morale in sé medesimo, dotato della capacità di decidere responsabilmente sul proprio comportamento*»¹⁰⁵³.

Tratto peculiare dell'ordinamento spagnolo è la sussistenza di una molteplicità di reati riconducibili alla tortura¹⁰⁵⁴. I primi sono ricompresi negli articoli dal

Cerezo Mir, *Tecnos*, Madrid, 2002, 1241 ss; L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia española nacional e internacional*, in F. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. NÚÑEZ PAZ, I. GARCÍA ÁLVAREZ, *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez barbero*, 2007, *passim* (versión electrónica, in www.unifr.ch).

¹⁰⁵¹ Per un ricostruzione operata dalla dottrina italiana, cfr., A. DI MAIO, *La criminalizzazione delle molestie assillanti nel nuovo codice penale spagnolo, tra l'esigenza di tutela della vittima ed il rispetto dei principi penali*, in <http://www.lalegislazionepenale.eu>, 29 luglio 2016, 14 ss. Secondo un primo orientamento, infatti, l'integrità morale si può identificare con l'idea di incolumità, che presuppone il diritto dell'individuo ad essere trattato come persona e non come cosa, in modo da impedire il processo di mercificazione dell'essere umano (V., sul punto, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos de tortura y otros tratos degradantes*, cit., 78 ss). In virtù di un'altra impostazione, tale concetto viene correlato ai parametri dell'umiliazione e della vessazione. In tal modo, la natura del bene giuridico delle norme presenti nel titolo *de quo*, e con particolare riguardo soprattutto all'art. 173, si esplicherà nel diritto a non patire sensazioni dolorose o sofferenze di stampo psico-fisiche, sempre che il soggetto attivo realizzi dei comportamenti umilianti, fastidiosi, o avvilenti nei confronti della vittima del reato. (J. BARQUIN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Barcellona, 2001, 58 ss; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura*, cit., 71 ss; V. GRIMA LIZANDRA, *Delitos contra la integridad moral*, in F. J. BOIX REIG, (a cura di), *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, II ed., 2016, 291).

¹⁰⁵² Su quest'ultimo orientamento dottrinale, cfr. J. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura*, cit., 83 ss; M. DEL MAR DÍAZ PITA, *El bien jurídico*, cit., 84 ss. In giurisprudenza si veda la sentenza del *Tribunal Constitucional* 120/1990, con nota di R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid 2006, 182 ss, secondo cui l'integrità morale risulterà compressa qualora si sviluppino condotte che, essendo contrarie alla volontà della persona, sottopongano la vittima che le patisca a trattamenti suscettibili di annullare, modificare o lederne la volontà, le idee, i pensieri ed i sentimenti.

¹⁰⁵³ Al riguardo, si veda STS, 1725/ 2001, del 3 ottobre 2001, in L. RODRIGUEZ RAMOS, *Código penal comentado y con jurisprudencia*, Madrid 2007, 418 ss. In giurisprudenza cfr., altresì, STS, 6 aprile 2000, (F.J.2); STS, 30 settembre 2009, (F.J.1).

¹⁰⁵⁴ Per tale ragione la dottrina spagnola parla di «*reati di tortura*», anziché di «*reato di tortura*». Si veda, per riferimenti bibliografici sul tema, V. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Universitat de València, 1998, 59-152. Con riferimento alla dottrina italiana, v., A. CADOPPI, *Aspetti comparatistici*, in L.

173 al 176 ed un ultimo è previsto nel Titolo XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) e precisamente nell'art. 607-bis c.p., nella veste di crimine contro l'umanità, consistente nel sottoporre la vittima a sofferenze fisiche o psichiche nel contesto di «*un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella*» ed, in quanto tale, imprescrittibile.

Focalizzando l'attenzione sulle fattispecie disciplinate negli articoli dal 173 al 176 del Codice penale spagnolo, si deve precipuamente evidenziare come la definizione di tortura risulti contenuta unicamente nell'art. 174 c.p., secondo cui: «*comete tortura l'autorità o funcionario público que, abusando del su* *incargo, e con il fine di ottenere una confessione o informazione di qualsiasi persona o di punirla per qualsiasi fatto che abbia commesso o si sospetti abbia commesso, o per qualsiasi ragione fondata su ogni tipo di discriminazione, la sottopone a condizioni o procedimenti che per la loro natura, durata o altre circostanze, le procurano sofferenze fisiche o mentali, la soppressione o diminuzione delle sue facoltà di cognizione, discernimento o decisione o che, in qualsiasi altro modo, attentino alla sua integrità morale. Il colpevole di tortura è punito con la pena della reclusione da due a sei anni se l'attentato è grave, e con la reclusione da uno a tre anni se non è grave. Oltre alle pene segnalate si applica, in ogni caso, la pena dell'inabilitazione assoluta da otto a dodici anni*»¹⁰⁵⁵. Identiche pene sono previste per le autorità delle istituzioni penitenziarie e dei centri di protezione o correzione dei minori, qualora gli atti

STORTONI, D. CATRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 172; E. SCAROINA, *op. cit.*, 171; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia*, cit., 13.

¹⁰⁵⁵ Artículo 174 del Código penal español: « (I) Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. (II) En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

definiti dal comma precedente vengano compiuti nei confronti di detenuti (art. 174 c. 2 c.p.).

L'art. 175 contempla, invece, un'ipotesi applicabile in via residuale rispetto alla sopra citata disposizione, in virtù della quale si punisce, con la pena della reclusione da due a quattro anni se l'attentato è grave e con la reclusione da sei mesi a due anni se non è grave, «*l'Autorità o il funzionario pubblico*» che, abusando del proprio incarico e fuori dai casi di cui all'art. 174¹⁰⁵⁶, «*attenti all'integrità morale di una persona*»^{1057 1058}.

La disposizione di apertura del Titolo VII, ossia l'art. 173, risulta essere ulteriormente applicabile in via residuale, prevedendo la pena della reclusione da sei mesi a due anni per «*chiunque infligga ad altra persona un trattamento degradante, menomando gravemente la sua integrità morale*»¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Alcuni autori contestano la collocazione della disposizione contenuta nell'art.175 all'interno del Titolo VII del Codice penale spagnolo, ritenendosi più appropriato il suo inserimento nei «*Delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*». Ad avviso chi scrive, invece, pare corretta la scelta di aver inserito tale fattispecie nel titolo *de qua*, dal momento che si tratta di un delitto lesivo del bene giuridico integrità morale, seppur in via residuale, che presenta molti tratti comuni con il precedente reato di tortura di cui all'art. 174 per il semplice fatto di ricalcare il soggetto attivo, l'abuso di potere e l'evento consistente nell'«*atentare contra la integridad moral de una persona*».

¹⁰⁵⁷ Articolo 175 Codice penale spagnolo:«*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años*».

¹⁰⁵⁸ Sebbene alcuni autori ravvisino, all'interno del Titolo VII, «*ben tre reati*» di tortura, l'unico a poter essere definito come tale è quello disciplinato nell'art. 174 c.p. A parere di chi scrive, non pare opportuno considerare reato di tortura quello disciplinato dall'art. 175, dal momento che trova applicazione proprio al di fuori dei casi tipizzati all'art. 174 (che definisce la nozione di tortura convenzionalmente condivisa). A. LASCURAIN SANCHEZ, in R. MOURULLO (a cura di), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, 504.

¹⁰⁵⁹ Articolo 173 del Codice penale spagnolo: «*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*». La norma è stata poi modificata dalla legge organica 5/2010 del 22 giugno, incriminando attualmente chiunque compia, nel contesto di qualsiasi rapporto di lavoro o di servizio civile e sfruttando il rapporto di superiorità, ripetutamente atti ostili o umilianti che, senza diventare trattamenti degradanti, comportino gravi molestie nei confronti della vittima. Inoltre, sempre la norma *de qua* reprime anche la condotta di chi commetta ripetutamente atti ostili o umilianti che, senza diventare un trattamento degradante, siano intesi a impedire il godimento legittimo della proprietà immobiliare. Si tratta di condotte che, pur non raggiungendo il livello di trattamenti degradanti, siano lesivi della dignità e dell'integrità morale della persona umana. Nei commi successivi del medesimo articolo, invece, viene disciplinato il reato di maltrattamenti in ambito familiare-domestico.

Da ultimo, ma non meno importante, la fattispecie omissiva dolosa *ex art. 176 c.p.*, che prevede che la stessa pena sancita dai precedenti articoli sia applicabile al caso in cui «*l’Autortità o il funzionario pubblico, venendo meno ai doveri del proprio incarico*», permetta ad altre persone di porre in essere le condotte previste negli artt. dal 173 al 175¹⁰⁶⁰.

Rispetto alla precedente formulazione dell’art. 204-bis c.p.¹⁰⁶¹, la disciplina della tortura non risulta più imperniata, quindi, sulla previsione di una circostanza aggravante rispetto ad alcuni reati comuni¹⁰⁶², ma diviene una vera e propria fattispecie autonoma.

Pare opportuno analizzare in questa sede gli elementi costitutivi della fattispecie che consentono di far rientrare il delitto *de quo* nel modello c.d. «*convenzionalmente conforme*»¹⁰⁶³. Si tratta, in particolare, della qualifica del soggetto attivo, quale rappresentante del potere statale; dell’elemento materiale della causazione delle sofferenze fisiche o psichiche, e dell’elemento teleologico, caratterizzato dalla particolare finalità perseguita dal soggetto agente mediante la propria condotta.

Si evince, fin da subito, una convergenza con l’art. 1 CAT, in relazione alla qualifica pubblicistica del soggetto agente, risultando l’art. 174, così come l’ipotesi residuale di cui all’art. 175 e la fattispecie omissiva di cui all’art. 176,

¹⁰⁶⁰ Articolo 176 Codice penale spagnolo: «*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos*».

¹⁰⁶¹ L’ormai abrogato articolo 204-bis c.p. era stato introdotto con la legge 3/1978, al fine di adempiere agli obblighi sovranazionali derivanti dalla ratifica da parte della Spagna della Convenzione Onu del 1984.

¹⁰⁶² Per un’analisi dell’art. 204-bis del Codice penale spagnolo, si veda, C. SAINZ DEL ROBLES SANTA CECILIA, *El artículo 204-bis del Código Penal, Estudios Penales en Memoria del professor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, *passim*.

¹⁰⁶³ Non a caso il Tribunale Supremo, in alcune sue pronunce, ha individuato i sopra citati elementi per ravvisare la fattispecie di tortura nel caso concreto: «*a) especial cualificación del sujeto activo (autoridad o funcionario público); b) elemento material de causar sufrimientos físicos o psíquicos que atenten contra la integridad moral y c) elemento teleológico consistente en una finalidad concreta*». SSTs 1685/03, del 17 dicembre 2003; SSTs 1391/04, del 26 novembre 2004; SSTs 1246/09, del 30 novembre 2009. V., J. L. VITOS, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los centros de internamento para extranjeros (1999-2014)*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2015, 9, 284.

reati propri che possono essere commessi dall'Autorità¹⁰⁶⁴ o da un pubblico ufficiale¹⁰⁶⁵, da coloro che lavorano all'interno della polizia penitenziaria e nei centri di protezione o correzione dei minori (art. 174 c. 2)¹⁰⁶⁶.

L'art. 173 prevede, al contrario, una generica tutela dell'integrità morale nelle vesti di un reato comune, il cui soggetto agente possa essere «*chiunque*» abbia inflitto alla vittima un trattamento degradante menomandone gravemente, in virtù di un rapporto causale, la sua integrità morale. La disposizione non risulta affatto contrastante con quanto sancito nella definizione condivisa in sede internazionale. Come già sottolineato in precedenza, l'art. 1, par. 1 CAT, individua lo *standard* minimo di tutela, lasciando alla discrezionalità dei singoli Paesi la possibilità di prevedere forme di protezione più ampie rispetto a quelle previste dalla Convenzione, così come meglio precisato nel paragrafo 2 della sopra citata disposizione. Nel caso di interesse, infatti, sono stati previsti, in articoli distinti, alcuni reati propri (dall'art. 174 all'art. 176 c.p.) ed un residuale reato comune, tutte fattispecie autonome. Tale *modus operandi* è sicuramente da preferire rispetto a quello del legislatore italiano che, poco rispettoso del principio di legalità, ha collocato nella medesima norma la

¹⁰⁶⁴ Ai sensi dell'art. 24 c.1, per Autorità si intende «*al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal*». Cfr., ex multis, J. F. LÓPEZ FONT MARQUEZ, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Universidad de Granada, 1993, 92.

¹⁰⁶⁵ La nozione di pubblico ufficiale è riconducibile all'art. 24 c. 2 c.p.: «*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*».

¹⁰⁶⁶ Il secondo comma dell'art. 174 c.2, delimitando l'area dei soggetti agenti ai «*funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores*», sembrerebbe lasciare un vuoto di tutela con riguardo ai Centri *de Intratenimiento para Extranjeros*, equivalenti ai nostri CIE, non essendo possibile estendere la nozione di istituto penitenziario a questi ultimi. Il tema è stato affrontato da E. SCAROINA, *op. cit.*, 181-182. L'A., richiamando la dottrina spagnola, evidenzia come questi centri rappresentino una «*vera e propria anomalia nel sistema giuridico*» essendo non solo in Spagna, ma in tutti i Paesi in cui il fenomeno immigrazione costituisca un rilevante problema economico e sociale, una realtà soggetta ad elevato rischio di trattamenti degradanti, inumani, fino ad arrivare a vere e proprie forme di tortura. V., M. MARTINEZ ESCAMILLA, *Immigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos allegar?*, in *Indret Revista para el análisis del derecho*, 2009, 3, 26. V., altresì, J. L. VITOS, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral*, cit., 287 ss.

tortura commessa da chiunque e quella commessa da un soggetto qualificato, utilizzando una tecnica legislativa discutibile che solleva ancora oggi, a quattro anni dall'introduzione dell'art. 613-bis c.p., forti dubbi sulla sua natura giuridica, determinando un forte contrasto tra il formante giurisprudenziale e quello dottrinale, oltre ad aver previsto, nel medesimo articolo 613-bis, la tortura, i trattamenti inumani e degradanti, come se fossero fattispecie analoghe e meritevoli di un identico trattamento sanzionario.

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo, l'art. 174 c.p. ricalca la definizione convenzionale, consistendo la condotta nel costringere il soggetto passivo in una condizione che per sua natura, durata o altre circostanze determini sofferenze fisiche o morali, la soppressione o riduzione delle sue facoltà di libera determinazione, o che in qualsiasi altro modo possa ledere la sua integrità morale. E', inoltre, richiesto che il soggetto agisca con «*abuso de cargo*», espressione, questa, che si configura quando «*l'agente operi deviando o eccedendo rispetto ai doveri propri o dell'ufficio che devono dunque necessariamente implicare la possibilità di mettere in pericolo o ledere la libertà morale della vittima*»¹⁰⁶⁷.

Parte della dottrina sottolinea, però, un distanziamento dalla Convenzione Onu del 1984 nella parte in cui si fa riferimento al fatto che le sofferenze fisiche e mentali siano la conseguenza della sottoposizione a «*condiciones o procedimientos*», espressione che è stata letta, da alcuni, come un requisito di reiterazione e permanenza nei metodi¹⁰⁶⁸ impiegati per torturare, con l'esclusione dei singoli atti.

Inoltre, la norma sovranazionale richiede che il dolore o le sofferenze siano «*gravi*». Allo stesso modo, sia la Corte EDU che il Tribunale costituzionale

¹⁰⁶⁷ E. SCAROINA, *op. cit.*, 174.

¹⁰⁶⁸ A.A.V.V., *Derecho penal. Parte especial*, a cura di J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, VI ed., Valencia, 2019, 160-187; V. GRIMA LIZANDRA, *Delitos contra la integridad moral*, in F. J. BOIX REIG, (a cura di), *op. cit.*, 291. In giurisprudenza, STS 1685/2003, 17 dicembre 2003 (F. J.2): «*las condiciones o procedimientos típicos comportan algo más que una actuación policial puntual y abusiva[...], exigiéndose una actuación de cierta contumacia y persistencia en la acción delictiva por el funcionario público, y en ello consiste la diferencia entre este delito autónomo y el de lesiones con la agravante de prevalerse el culpable de su carácter público*». «*Restregar una fregona por la cara de la víctima, durante un considerable tramo de tiempo constituye tortura*». STS 985/2012, del 27 novembre 2012 (F. J.4).

spagnolo richiedono che un fatto, per costituire tortura, debba essere connotato da un certo grado di gravità. Tale aggettivo non compare nella definizione di tortura contenuta nel Codice penale spagnolo all'art. 174, con riguardo alla qualificazione delle sofferenze inflitte, ma vengono previste sanzioni diverse a seconda che la violazione dell'integrità morale sia grave o meno. Ergo, la norma *de qua* può trovare applicazione con riguardo «*a todos los ataques contra la integridad moral, aunque no sean graves*»¹⁰⁶⁹.

Tale dimenticanza da parte del legislatore spagnolo non deve far pensare ad un allontanamento dal modello convenzionale. Come già in precedenza analizzato, tale aggettivo è stato particolarmente criticato anche in sede di redazione della Convenzione ONU, in quanto volto a delimitare eccessivamente i confini della tortura, lasciando fuori dall'alveo della definizione della stessa e della conseguente fattispecie incriminatrice condotte che, pur apparentemente non gravi, potessero cagionare forti sofferenze nei confronti dei soggetti passivi.

Al fine di valutare, pertanto, se un determinato atto sia connotato da gravità, sarà opportuno ricorrere alle pronunce della Corte EDU ed alle sentenze del Tribunale costituzionale. Si dovranno, in particolare, tenere in considerazione, gli elementi costitutivi del fatto tipico, quali la presenza dell'abuso di potere, il ricorso delle finalità specifiche, e «*las circunstancias inherentes al mal causado, esto es, la duración de los malos tratos y sus efectos (físicos o mentales) y las características de la víctima: el sexo, edad, estado de salud, etc*»¹⁰⁷⁰. L'insieme di questi indicatori consentirà di comprendere se «*el hecho*

¹⁰⁶⁹ M. R. TORRES, *Revisión del delito de tortura*, cit., 311; B. DEL ROSAL BLASCO, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in M. COBO DE ROSAL (a cura di), *Derecho penal español : parte especial*, Madrid, 2005, 230; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in J. L. Díez Ripollés, C. Romeo Casabona, P. L. Coppel (a cura di) *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. 2, Valencia, 2004, 53; J. M. TAMARIT SUMALLA, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, (a cura di), *Comentarios al Código penal español*, VI ed., Pamplona, 2011, 1081; L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *El tipo penal de tortura*, cit., *passim* (versión electrónica en www.unifr.ch). In giurisprudenza, SSTs 985/2012, del 27 novembre 2012 (F. J. 4), SSTs 601/2013, dell' 11 luglio 2013 (F. J. 5); SSTs 718/2013, del 1 ottobre 2013 (F. J. 1).

¹⁰⁷⁰ G. PORTILLA CONTRERAS, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in M. COBO DEL ROSAL, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I., Madrid, 1996, 288.

ha de tener gravedad suficiente para estimar lesionada la integridad moral»^{1071 1072}.

Se qualche critica può essere mossa, essa riguarda la condotta di cui all'art 173 c.1, consistendo l'azione tipica nell'inflizione di un trattamento degradante ad un soggetto, ledendo così gravemente la sua dignità ed integrità morale. Tale disposizione è il tipico esempio di una norma dalle fattezze residuali, applicata quando la condotta non sia riconducibile ad altra fattispecie o, anche qualora lo fosse, quella determinata norma non fosse sufficiente a punire l'aspetto degradante della azione tipica stessa (sono riconducibili ad essa, ad esempio, quei comportamenti consistenti nel radere i capelli ovvero a costringere le persone a indossare abiti ridicoli). Cosa realmente debba intendersi per degradante, però, genera questioni interpretative, rendendo la norma particolarmente indeterminata¹⁰⁷³. Nonostante un orientamento dottrinale abbia tradizionalmente considerato tale previsione legislativa come superflua e lesiva del principio di determinatezza, data la difficile individuazione della nozione di integrità morale e del concetto di *trato degradante*, si cerca di correggere tale aspetto con un'apposita interpretazione dei termini impiegati. Secondo l'opinione prevalente, con l'espressione degradante si intende «*ogni situazione che, al di là del mezzo impiegato o della compressione o meno della volontà altrui, comporti generalmente sofferenze psico-fisiche e produca, in ogni caso, un sentimento di mortificazione o una sensazione di avvilitamento per gli altri o per se medesimo*»¹⁰⁷⁴.

I giudici della V sezione del Tribunal Supremo si sono visti obbligati a stabilire criteri volti ad individuare «*en qué momento un trato desconsiderado o abusivo deja de ser una falta de educación social (o falta disciplinaria) para*

¹⁰⁷¹ Sulla gravità della lesione della integrità morale, v., R. REBOLLO VARGAS, *Titulo VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in J. CÓRDOBA RODA, M. GARCÍA ARÁN, (a cura di), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Madrid, 2004, 272-273.

¹⁰⁷² E' bene precisare come alcuni Autori abbiano mostrato criticità con riguardo alla possibilità di scelta lasciata dal legislatore in riferimento alle due cornici edittali al giudice, con rischio di attribuire a quest'ultimo un'eccessiva discrezionalità e di determinare un'eccessiva soggettivizzazione con riguardo alla sensibilità del soggetto passivo.

¹⁰⁷³ J. BARQUIN SANZ, *op. cit.*, 25 ss.

¹⁰⁷⁴ F. MUÑOZ SANCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, cit., 44 ss.

convertirse en un verdadero trato degradante o inhumano». Un trattamento deve essere classificato come degradante nella misura in cui comporti la riduzione di una persona alla condizione di oggetto, di mera cosa, il suo annullamento come persona libera e la negazione, in definitiva, della sua dignità di uomo¹⁰⁷⁵.

Analoga indeterminatezza può rinvenirsi in relazione all'art. 175, nella parte in cui viene specificato che la condotta debba consistere nell'attentare l'integrità morale del soggetto passivo¹⁰⁷⁶. Anche in questo caso viene previsto un divergente trattamento sanzionatorio in relazione alla gravità del fatto commesso, rendendo nuovamente la norma assoggettabile all'eccessiva discrezionalità dell'autorità giudicante e strettamente correlata alla sensibilità del soggetto passivo¹⁰⁷⁷.

La conformità all'impostazione convenzionale si evince anche dalla fattispecie omissiva di cui all'art. 176 c.p. La norma presuppone che l'Autorità ed il pubblico funzionario siano individuati nella loro posizione di garanti che li rende responsabili per non aver impedito un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire. Questa norma, tuttavia, potrebbe ritenersi superflua dal momento che la condotta omissiva risulta già disciplinata nella parte generale del codice penale spagnolo, all'art. 11¹⁰⁷⁸ e dato che l'obbligo di attivarsi

¹⁰⁷⁵ STS, 23 marzo 1993, (F.J. 5).

¹⁰⁷⁶ La dottrina ha criticato tale delitto «por su carácter «difuso», «vago» «abierto», considerándolo el máximo exponente de la desgraciada técnica legislativa empleada en este título». V., *ex multis*, C. CONDE PUMPIDO TOURÓN, arts 138 a 385, in C. CONDE PUMPIDO FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1997, 2144; L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura y otros atentados contra la integridad moral*, cit., 104.

¹⁰⁷⁷ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, XXII ed., Valencia, 2019, 196 e J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura y otros atentados contra la integridad moral*, cit. 97.

¹⁰⁷⁸ Articolo 11 del Codice penale spagnolo: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

discenderebbe dall'art. 104 della Costituzione¹⁰⁷⁹ e dalla *Ley Regulatoria de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado*^{1080 1081}.

Passando, ora, all'analisi dell'elemento teleologico, l'art. 174 comma 1 c.p. richiede, oltre al dolo generico¹⁰⁸² consistente nella rappresentazione e volontà di porre in essere atti di tortura, la sussistenza del dolo specifico¹⁰⁸³, così come previsto nell'art. 1 CAT. In base alle finalità indicate, è possibile distinguere tre tipologie di tortura: 1) «tortura indagatoria» (per ottenere una confessione o informazioni da qualsiasi persona); 2) «tortura punitiva» (per punirla per qualsiasi fatto che abbia commesso o si sospetti abbia commesso); 3) *tortura per razones discriminatorias*^{1084 1085} (per qualsiasi ragione fondata su ogni tipo di discriminazione).

¹⁰⁷⁹ Articolo 104 della Costituzione spagnola: « (I) *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. (II) Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.* ».

¹⁰⁸⁰ Tribunal Supremo, 5 novembre 2002, n. 1809, in *La Ley Juris*, 1308909/2002.

¹⁰⁸¹ Cfr., sul punto, E. SCARONA, *op. cit.*, 177-178. L'A. evidenzia come l'art. 176 c.p. non preveda espressamente un «potere di vigilanza dell'autorità o del funzionario su colui che pratica tortura» e che il termine «permetir» può avere come significato anche quello di «no impedir lo que se debería y pudiera impedir». Con tale interpretazione del verbo *de quo* risulterebbe possibile reprimere la condotta di chi, essendo funzionario pubblico, non abbia una specifica posizione di garanzia e, quindi, anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 11 c.p. E' il caso dei sanitari addetti al carcere che hanno il dovere di impedire che altri soggetti, quali i detenuti ai danni dei propri compagni, pongano in essere fatti di tortura. V., A. I. PÉREZ MACHÍO, *Artículo 174*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *op. cit.*, 696.

¹⁰⁸² J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204bis del Código Penal*, Barcellona, 1990, 58; M. J., RODRÍGUEZ MESA, *La torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., 246.

¹⁰⁸³ F. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 201 ss.; V. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, cit., 115 ss.

¹⁰⁸⁴ Il riferimento alla tortura discriminatoria è successivo alla formulazione del Codice penale spagnolo del 1995, essendo stato inserito solo in seguito alle osservazioni del CPT nel 2002, con la legge organica n. 15 del 25 novembre 2003. Il CPT, invero, raccomandava allo Stato spagnolo di rendere la fattispecie di tortura disciplinata nell'art. 174 c.1 c.p. maggiormente conforme all'art. 1 della CAT, al fine di attivarsi per combattere fenomeni di razzismo e xenofobi.

¹⁰⁸⁵ Nell'art. 22 comma 4 del Codice penale spagnolo è prevista, inoltre, la circostanza aggravata per motivi discriminatori, i quali si suddividono in «*motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*».

E' bene precisare che è proprio l'elemento teleologico a determinare un distinguo tra ciò che si può definire tortura e gli altri trattamenti inumani e degradanti¹⁰⁸⁶.

Solo alcune lievi divergenze si possono riscontrare rispetto alla definizione individuata nella Convenzione ONU del 1984. In particolare, viene esclusa la rilevanza di alcune finalità quali quelle di intimorire e di fare pressioni su di una persona ed il riferimento ai soggetti terzi sui quali la condotta potrebbe essere esercitata per ottenere informazioni o punire altri. Tale aspetto è stato criticato dalla dottrina spagnola, la quale ha suggerito di eliminare il riferimento alle specifiche finalità contenute nella norma, in modo tale da rimediare alla sopracitata lacuna ordinamentale¹⁰⁸⁷. In realtà, però, è bene ribadire¹⁰⁸⁸ che l'art. 1 CAT non contiene una elencazione esaustiva e tassativa delle finalità, dal momento che le stesse sono precedute dall'espressione «*for such purposes as*», evidenziandosi, così, la natura meramente esemplificativa dell'indicazione sovranazionale. Non deve, pertanto, considerarsi un discostarsi dalla definizione convenzionalmente condivisa di tortura l'assenza di alcune delle finalità individuate nella Convenzione Onu. Ciò a maggior ragione se si riflette sulla circostanza che la rilevanza penale della coartazione e della intimidazione, seppur non rientrando nell'alveo dell'elemento teleologico, riemerge in relazione alla condotta, nella parte in cui la norma si riferisce alla «*soppressione o annullamento delle capacità di discernimento o autodeterminazione del soggetto o in qualunque altra offesa all'integrità morale*», recuperandosi così l'allineamento con l'art. 1 CAT¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Basti pensare alle fattispecie disciplinate rispettivamente negli artt. 174 e 175 del Codice penale spagnolo. Quest'ultima norma presenta una clausola di sussidiarietà «*fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior*». Ciò significa che «*no deben concurrir los supuestos que harían aplicable el delito previsto en el artículo 174 del nuevo Código Penal. Excluye, por tanto, la aplicabilidad del tipo residual la concurrencia del elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de obtener una confesión o información (tortura indagatoria o inquisitiva) o castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido (tortura vindicativa)*».

¹⁰⁸⁷ J. BARQUÍN SANZ, *op. cit.*, 174.

¹⁰⁸⁸ V., *supra*, cap. 2, par. 10.

¹⁰⁸⁹ Cfr. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Tortura y otros atentados contra la integridad moral*, cit., 88. V., altresì, M. M. DIAZ PITA, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 20, 1997, 39; F.

Infine, è assente l'avverbio «*intenzionalmente*», non essendo necessaria la sussistenza della categoria spagnola del dolo diretto di primo grado. E' bene sottolineare come l'avverbio *de quo* assuma sfumature diverse a seconda dell'ordinamento di riferimento e che, pertanto, lo stesso non sia da interpretare letteralmente. Da questo punto di vista, si ravvisa comunque una simmetria con l'art. 1 CAT dal momento che, come evidenziato da alcuni autori, il requisito avrebbe quale peculiare funzione, quella di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura^{1090 1091}.

Sebbene la legislazione penalistica spagnola sia particolarmente completa e rispondente alle richieste internazionalistiche, non vi è chi non veda come le pene previste per la repressione dei fatti di tortura siano particolarmente miti. Ciò è stato evidenziato anche dal Comitato contro la tortura dell'ONU, il quale, proprio in riferimento all'art. 174 c.p. ha sottolineato come esso si discosti dall'art. 4 par. 2 della Convenzione ONU, che richiede l'effettività del trattamento sanzionatorio. Effettività che viene recuperata se si pensa a quanto sancito dall'articolo 177 c.p. secondo cui, qualora dai fatti costituenti tortura derivi una lesione alla vita, all'integrità fisica, alla salute, alla libertà sessuale della vittima o di un terzo, si potranno applicare anche le pene previste nelle rispettive disposizioni. E' bene precisare, altresì, che la conformità ai dettami convenzionali emerge nuovamente in relazione alla considerazione dell'inapplicabilità delle cause di giustificazione tese a scriminare i fatti di tortura. L'espressione «*en ningún caso*», contenuta nell'art. 15 della Carta

MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 166; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Delitos de tortura y otros tratos degradantes*, cit., 175; J. M. TAMARIT SUMALLA, *Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in F. MORALES PRATS, G. QUINTERO OLIVARES (a cura di), *Comentarios al Código penal español*, vol.I, Pamplona, 2016, 1193 ss.

¹⁰⁹⁰ A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, l'Aja-Boston-London, 1999, 20; C. INGLESE, *The UN Committee against Torture. An Assessment*, Boston-London, 2001, 211. Cfr., altresì, G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano*, in *Dir. pen. contemp. (web)* - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 febbraio 2016, 17; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. contemp. (web)* - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 31 ottobre 2017, 193-194, 244.

¹⁰⁹¹ L'esclusione della fattispecie colposa di tortura, analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 42 c.2 c.p., è data dalla presenza dell'art. 12 del Codice penale spagnolo secondo il quale «*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*».

costituzionale ha determinato tra i costituzionalisti ed i penalisti, all'unanimità, tale convinzione¹⁰⁹². «*El recurso a la tortura (y otros tratos inhumanos o degradantes) por parte de funcionario público no podrá considerarse idóneo ni en circunstancias políticas de normalidad ni de excepcionalidad como medio de solucionar conflictos por muy trascendentes que sean los intereses privados o estatales en juego*»¹⁰⁹³. Nonostante gli attentati di Madrid dell'11 marzo 2004 e di Barcellona del 17 agosto 2017 abbiamo determinato l'insorgere di un forte conflitto tra diritti umani fondamentali da un lato e la sicurezza dei cittadini¹⁰⁹⁴ dall'altro, con la conseguente apertura del dibattito sul diritto penale di emergenza, il *Tribunal Constitucional*¹⁰⁹⁵ ha ribadito, coerentemente con le pronunce della Corte di Strasburgo, «*la natura assoluta e non comprimibile del divieto di tortura*» seppur in un «*tale drammatico contesto*»¹⁰⁹⁶.

3. Il modello «non convenzionalmente conforme»

Sul versante, per così dire, opposto al modello di cui al precedente paragrafo, si colloca quello francese, che deriva dalla codificazione del 1994 e che si

¹⁰⁹² A. DEL TORO MARZAL, *El nuevo delito de tortura*, in AA.VV., *La Reforma del Derecho Penal*, Barcellona, 1980, 281; J. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *¿Justificación de la tortura? Insuficiencia de la normativa penal internacional*, in *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, 700; L. I. ORTEGA, *Los Derechos Protegidos*, in AA.VV. (a cura di), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la Convención europea y de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1979, 70; I. RIVERA BEIRAS, *El Derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones contraídas por los Estados, en especial, el español*, in AA.VV. (a cura di), *Privación de libertas y derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Barcellona, 2008, 54; C. ROXIN, *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, in *Cuadernos de política criminal*, n. 83, 2004, 32; G. QUINTERO OLIVARES, *Las decisiones extremas ante el Derecho penal*, in AA.VV. (a cura di), *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, 953.

¹⁰⁹³ L. MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, in AA. VV. (a cura di), *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986, 471 ss.

¹⁰⁹⁴ V., sul tema, M. TORRES, *Revisión del delito de tortura*, cit., 295-364.

¹⁰⁹⁵ Tribunal Constitucional, 34/2008 del 25 febbraio 2008: «*tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales*».

¹⁰⁹⁶ E. SCAROINA, *op. cit.*, 180.

allontana dalla definizione di tortura prevista nell'art. 1 della Convenzione Onu contro la tortura.

In Francia la tortura è sanzionata in maniera differente a seconda che sia commessa in quanto crimine contro l'umanità, ovvero quale attentato alla persona umana¹⁰⁹⁷. In particolare, nel Libro II del Codice penale francese («*Des criminels et des délits contre les personnes*») sono disciplinati, nel Titolo I, «*i criminels contre l'humanité*» ed «*i criminels contre la espèce humaine*», mentre il Titolo II è dedicato agli «*attentats à la personne humaine*».

Il primo riferimento alla tortura si ravvisa, quindi, tra i crimini contro l'umanità. In particolare, l'art. 212-1 c.p.¹⁰⁹⁸ sanziona, con la pena dell'ergastolo, una serie di atti, ivi indicati, commessi «*in exécution d'un plan concerté en face d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique*»¹⁰⁹⁹, tra i quali viene annoverata la tortura (comma 1, n. 6).

Con riguardo alla tortura quale «*délit contre la personne*», il Code Pénal disciplina nella prima sezione («*Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne*») del Capitolo II («*Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique*

¹⁰⁹⁷ Cfr., A. CADOPPI, *Aspetti comparatistici e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 172-173; E. SCAROINA, *op. cit.*, 191-202; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, *cit.*, 8 ss.

¹⁰⁹⁸ L'articolo è stato recentemente modificato dall'art. 15 della L. n. 711 del 2013.

¹⁰⁹⁹ Articolo 212-1 del Codice penale francese: «(I) *Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique: 1° L'atteinte volontaire à la vie; 2° L'extermination; 3° La réduction en esclavage; 4° La déportation ou le transfert forcé de population; 5° L'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international; 6° La torture; 7° Le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable; 8° La persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international; 9° La disparition forcée; 10° Les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime; 11° Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique.* (II) *Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes prévus par le présent article.*».

de la personne»)¹¹⁰⁰, uno specifico «*reato di tortura e di atti di barbarie*» negli artt. dal 222-1 a 222-6. Analizzando nel dettaglio la normativa, si evince che «*la sottoposizione di una persona a tortura o ad atti di barbarie è punita con la reclusione fino a 15 anni*», senza possibilità di poter godere dei benefici quali la sospensione od il frazionamento della pena (art. 222-1)¹¹⁰¹. Quest'ultima possibilità risulta preclusa, altresì, con riguardo ai casi disciplinati nei successivi articoli¹¹⁰². L'art. 222-2 prevede l'eventuale inflizione dell'ergastolo nel caso in cui la tortura preceda, accompagni o segua un reato diverso dall'omicidio o dallo stupro¹¹⁰³. La pena dell'ergastolo viene applicata, altresì, quando il soggetto agente abbia causato la morte della vittima, senza l'intenzione di ucciderla (art. 222-6)¹¹⁰⁴.

Viene prevista, poi, la reclusione fino a venti anni quando il reato è commesso nei confronti di alcune categorie di soggetti indicate nell'art. 222-3, ai danni ad esempio, di un minore che abbia compiuto i quindici anni, di una persona che

¹¹⁰⁰ Si tratta di un reato posto a tutela della persona umana, non solo nella sua dimensione fisica, bensì anche della sua integrità morale, «*en concevant la personne humaine comme une unité indivisible formée d'un corps et d'un esprit*» (in questo senso, X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, vol XXII, Dalloz, 2003, 464. Altra parte della dottrina ritiene che il reato sia volto a proteggere, in senso più generale, la dignità umana. Tuttavia, «*les deux analyses ne sont toutefois peut-être pas inconciliables si l'on veut bien admettre que la dignité humaine est au fondement même de la protection du corps humain avec cette idée que la dignité, non constitutive en elle-même d'un droit subjectif dont la personne humaine serait titulaire, serait la valeur sociale imminente qui les coifferait tous, spécialement le droit au respect du corps humain*». A. GOGORZA, *A La dignité humaine*, in J. C. SAINTPAU (a cura di), *Traité des droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, n° 212.

¹¹⁰¹ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, X ed., Dalloz, 2004, 34 ss. V., H. ANGEVIN, *Tortures et actes de barbarie*, Art. 222-1 à 222-6, in *Juris-Classeur Pénal*, 3, 15 giugno 2006, Parigi, n. 24-25; P. CONTE, *Torture et actes de barbarie. Définition*, in *Droit pénal*, n. 9, 2017, comm.121; M. L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre des particuliers*, V ed., Dalloz, 2006, 301 ss.

¹¹⁰² Articolo 222-1 del Codice penale francese: «*(I) Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle. (II) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article*».

¹¹⁰³ Articolo 222-2 del Codice penale francese: «*(I) L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle précède, accompagne ou suit un crime autre que le meurtre ou le viol. (II) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article*».

¹¹⁰⁴ Articolo 222-6 Codice penale francese: «*(I) L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime sans intention de la donner. (II) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article*».

soffra di particolari disabilità fisiche o psichiche, di un magistrato, a motivo dell'orientamento o dell'identità sessuale della vittima o «*se commesso da una pubblica autorità o incaricata di una missione di servizio pubblico nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni o della sua missione*»^{1105 1106}. Tale pena si applica anche quando il reato di tortura sia accompagnato da violenze sessuali diverse dallo stupro.

¹¹⁰⁵ Articolo 222-3 del Codice penale francese: « (I) *L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans ; 2° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ; 3° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ; 4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un membre ou un agent de la Cour pénale internationale, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du code de la construction et de l'habitation, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ; 4° bis Sur un enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que sur un professionnel de santé, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ; 4° ter Sur le conjoint, les ascendants ou les descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile des personnes mentionnées aux 4° et 4° bis, en raison des fonctions exercées par ces dernières ; 5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation ou de sa plainte, soit à cause de sa déposition devant une juridiction nationale ou devant la Cour pénale internationale ; 5° bis et 5° ter (abrogés) 5° quater Sur une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, si les faits sont commis dans l'exercice de cette activité ; 6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ; 6° bis Contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union ; 7° Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ; 8° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 9° Avec préméditation ou avec guet-apens ; 10° Avec usage ou menace d'une arme. (II) *L'infraction définie à l'article 222-1 est également punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est accompagnée d'agressions sexuelles autres que le viol. (III) La peine encourue est portée à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction définie à l'article 222-1 est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur. (IV) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article* ».*

¹¹⁰⁶ «*Les personnes chargées d'une mission de service public*» costituiscono una categoria residuale che comprende tutti coloro che svolgono un pubblico servizio. Ne sono esempi gli «*enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire*» o gli «*agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs*».

E' ravvisabile, invece, la pena fino a trent'anni nei casi in cui il reato: a) sia commesso contro un minore di età inferiore ai quindici anni, da parte di un ascendente legittimo, naturale o adottivo o da qualsiasi altra persona che abbia una qualche autorità sul minore (art. 222-3); b) sia commesso da una banda organizzata o in maniera abituale su un minore di età inferiore ai quindici anni o una persona la cui particolare vulnerabilità, a causa dell'età, di una malattia, un'infermità, una disabilità fisica o psichica o una gravidanza, è evidente o nota all'autore (art. 222-4)¹¹⁰⁷; c) abbia causato una mutilazione o un'invalidità permanente (art. 222-5)¹¹⁰⁸.

Peculiarità dell'ordinamento francese è la possibilità che a commettere atti di tortura e di barbarie siano le persone giuridiche, prevedendosi oltre all'applicazione di una sanzione pecuniaria anche l'interdizione all'esercizio dell'attività professionale o sociale in perpetuo o per un periodo fino a cinque anni (art. 222-6-1)¹¹⁰⁹.

Infine, l'art. 222-6-2 prevede l'esenzione dalla pena per chiunque abbia tentato di commettere reati di tortura e atti di barbarie se, dopo aver informato l'autorità giudiziaria o amministrativa, abbia permesso di evitare la commissione del reato e di identificare, se del caso, gli altri autori o complici. La pena è diminuita della metà se l'autore (o il complice) di tali reati, avendo informato l'autorità giudiziaria o amministrativa, permetta la cessazione del reato o eviti che il reato medesimo comporti la morte o l'invalidità permanente

¹¹⁰⁷ Articolo 222-4 del Codice penale francese: «(I) L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise en bande organisée ou de manière habituelle sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur. (II) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article».

¹¹⁰⁸ Articolo 222-5 del Codice penale francese: « (I) L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. (II) Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article».

¹¹⁰⁹ Articolo 222-6-1 del Codice penale francese: «(I) Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent paragraphe encourrent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par l'article 131-39. (II) L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise».

della vittima, e consente, se del caso, l'identificazione degli altri autori o complici. In tale caso, qualora la pena prevista sia l'ergastolo, essa viene ridotta a venti anni di reclusione¹¹¹⁰.

Seppur non ricavabile in maniera esplicita, il divieto di tortura emerge anche dalla Carta costituzionale francese, dal momento che nel Preambolo¹¹¹¹ sono proclamati i diritti fondamentali dell'uomo ed i principi sanciti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Nel primo articolo del Documento viene consolidato l'ideale di libertà dell'essere umano, sancendo che *«gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti»*, libertà che viene nuovamente menzionata nel secondo articolo, quale diritto naturale ed imprescrittibile unitamente al diritto della sicurezza e della resistenza all'oppressione. Inoltre l'art. 7 della Dichiarazione prevede il divieto di essere accusati, arrestati o detenuti *«se non nei casi determinati dalla Legge, e secondo le forme da essa prescritte»* oltre al dovere di punire chiunque solleciti, emani, esegua o faccia eseguire degli ordini arbitrari. Come precisato in dottrina, *«l'affermazione della libertà come primo tra i diritti naturali enunciati, declinabile anche in termini di diritto all'autodeterminazione, presuppone l'opposizione ed il rifiuto della schiavitù, nonché la volontà di proteggere l'individuo da tutte le forme di detenzione illegale ed arbitraria»*¹¹¹².

¹¹¹⁰Articolo 222-6-2 del Codice penale francese: *«(I) Toute personne qui a tenté de commettre les crimes prévus par le présent paragraphe est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices.(II) La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des crimes prévus au présent paragraphe est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. Lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion criminelle»*.

¹¹¹¹ Preambolo della Carta costituzionale francese: *« Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été affichés par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi que ses droits et devoirs permanents dans la Charte de l'environnement de 2004.En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idée commun de liberté, d'égalité et de fraternité et ont été en vue de leur évolution démocratique»*.

¹¹¹² E. SCAROINA, *op. cit.*, 192.

Se quanto sopra enunciato costituisce il quadro normativo di riferimento entro cui sia possibile ascrivere la tutela contro gli atti di tortura, molteplici sono gli aspetti che emergono e che sottolineano una certa distanza dalla definizione riconosciuta nel panorama internazionale.

Invero, fatta eccezione per l'utilizzo della parola «tortura», non si ravvisano punti di contatto con la Convenzione Onu del 1984. Manca, in primo luogo, una definizione del termine *de quo* e dell'espressione «atto di barbarie» contenuta nell'art. 222-1 c.p. Il legislatore ha lasciato, quindi, alla dottrina ed, in modo particolare alla giurisprudenza, l'arduo compito qualificare gli atti in questione, a seconda delle circostanze del caso concreto.

La repressione degli atti di tortura e di barbarie ha origini che risalgono al Code Pénal del 1810, il quale sanzionava, all'art. 303, tali pratiche¹¹¹³. In particolare, la disposizione puniva «*come colpevoli di assassinato tutti i malfattori*», quale che fosse la loro denominazione che, per l'esecuzione dei propri crimini avessero impiegato «*delle torture*» o avessero commesso «*degli atti di barbarie*»¹¹¹⁴. Qualora nell'esecuzione dei delitti fossero state impiegate torture o commessi atti di barbarie, la pena applicata sarebbe stata quella della reclusione da cinque a dieci anni¹¹¹⁵. L'intenzione del legislatore dell'epoca era, dunque, quella di prendere di mira tutti i «malfattori», da intendersi nel

¹¹¹³ V. Cass. crim., 9 giugno 1977, in *Bull. crim.*, n. 211 e in *Rev. sc. crim.*, 1978, 97, con nota di G. LEVASSEUR.

¹¹¹⁴ Come sottolineato da R. OLLARD, *Arts. 222-1 à 222-6-2, Tortures et actes de barbarie*, in *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, 2017, par. 5. «*Les « chauffeurs » d'Orgères ou de la Drôme, qui faisaient régner la terreur dans les campagnes en brûlant les pieds de leurs victimes afin qu'elles leur révèlent la cachette où était enfoui leur magot, ne sont ainsi pas étrangers à la prévision de la circonstance aggravante de tortures et actes de barbarie par le Code pénal de 1810*».

¹¹¹⁵ Articolo 303 del Codice penale francese del 1810: «*(I) Seront punis comme coupables d'assassinat, tous malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui, pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie. (II) Ceux qui, pour l'exécution de leurs délits, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie seront punis de cinq à dix ans de réclusion criminelle*». Il comma secondo dell'articolo *de quo* del Codice penale francese era stato introdotto con la L. 81-82 del 2 febbraio 1981 ed aveva la natura giuridica di aggravante, applicabile a qualsiasi reato. La circostanza aggravante poteva, infatti, essere applicata in materia di rapina (Cass. Crim., 8 nov. 1989, n. 89-80.613, in *JurisData* n. 1989-704184), omicidio (Cass. crim., 21 novembre 1990, n. 90-80.534, in *JurisData* n. 1990-703788) o in materia di stupro (Cass. crim., 5 settembre 1990, n. 90-83.786, in *JurisData* n. 1990-702597).

senso di briganti che si aggiravano nella campagne francesi^{1116 1117}. Quando venne meno il fenomeno del brigantaggio, i termini malfattori, torture e atti di barbarie, se non opportunamente definiti, avrebbero perso ogni ragion d'essere, rendendo, tra l'altro, l'art. 303 superfluo e dannoso¹¹¹⁸. Già in quegli anni era emersa la tendenza ad attribuire un ampio potere discrezionale al giudice nell'apprezzamento di tali atti^{1119 1120}. In seguito all'approvazione del nuovo codice penale nel 1992 ed alla sua entrata in vigore nel 1994, tale potere è stato conservato dall'autorità giudiziaria¹¹²¹, rientrando nelle sue prerogative il compito di definire con precisione le nozioni di tortura ed atti di barbarie, essendosi il legislatore limitato «a riformulare la norma in modo tale da sganciarla dalle origini anti-brigantaggio e renderla più adatta ai tempi moderni»¹¹²². Per molti anni, ai fini dell'applicazione dell'art. 222-1, si è fatto ricorso ad una pronuncia della Corte di Appello di Lione del 19 gennaio del 1996 secondo cui «la tortura o gli atti di barbarie presuppongono la

¹¹¹⁶ E' bene evidenziare come nel diritto penale francese gli atti di tortura e di barbarie costituiscano, talvolta, una incriminazione autonoma (es. art. 222-1 c.p.), altre volte circostanza aggravante di reato autonomo (rapimento, stupro), altre volte ancora, come si è visto, elemento costitutivo di crimini contro l'umanità.

¹¹¹⁷ V., A. CHAVEAU, F. HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, II ed. belga annotata, vol.I., Bruxelles, 1858, 769, par. 2513.

¹¹¹⁸ Basti pensare al fatto che i giudici francesi si erano spinti fino al punto di reprimere con la pena di morte un semplice furto per aver commesso generici ed indefiniti «atti di barbarie». Cass., 2 dicembre 1815, Dalloz, v., *Crime set dél. c. les pers.*, n. 55, riportata da G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, nota n. 39. Ancora oggi, a fronte dell'indeterminatezza della nozione, è stato ravvisato il delitto di tortura in relazione a condotte rilevanti come violenza sessuale ovvero con riferimento ad atti finalizzati a realizzare l'infibulazione di donne e minori. V., *Code Penal Annoté*, artt. 222-2, 222-3, par. 2; Tribunal Administratif de Lyon, 12 giugno 1996, in *Code Penal Annoté*, art. 221-1, par. 17.

¹¹¹⁹ Cfr., Cass., 9 febbraio 1816, su Dalloz, v., *Crime set dél. c. les pers.*, n. 55, riportata da G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, nota n. 36, secondo cui «aucune disposition n'ayant déterminé les actes auxquels il attache le caractère d'actes de barbarie, cette détermination est abandonnée aux lumières et à la conscience des jurés» V., altresì, A. CHAVEAU, F. HÉLIE, *op. cit.*, 769, par. 2514.

¹¹²⁰ Per alcuni esempi giurisprudenziali di qualificazione di atti di tortura e barbarie prima dell'entrata in vigore del nuovo codice penale, v., Cass. crim., 3 novembre 1975, *Bull. crim.* n. 245 ed in *Rev. sc. crim.* 1976, 723, con nota di G. LEVASSEUR; Cass. crim., 13 settembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 102, con nota di J. P. DOUCET; Cass. crim., 5 settembre 1990, *Bull. Crim.*, n. 313; Cass. crim., 9 dicembre 1993, *D.* 1995, 138, con nota di E. MALBRANCQ, *La pénétration d'un bâton dans l'anus d'un jeune garçon est-elle constitutive du crime de viol ?*; Cass. crim., 6 décembre 1995, *Bull. crim.* n° 372.

¹¹²¹ Con riguardo all'applicazione della qualificazione di atti di tortura e di barbarie successivi all'entrata in vigore del nuovo codice penale, v., Cass. crim., 3 settembre 1996, *Dr. pénal* 1997, comm. n. 4, con nota di M. VÉRON.

¹¹²² G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 10.

dimostrazione tanto di un elemento materiale consistente nella commissione di uno o più atti di gravità eccezionale e superiore a quella delle semplici violenze e che provochino alla vittima un dolore o una sofferenza acuta, quanto di un elemento morale consistente nella volontà di negare alla vittima la dignità di persona umana»^{1123 1124}.

Si evince una definizione dai contorni ampi ed indefiniti, volta a comprendere ogni condotta lesiva caratterizzata da una particolare gravità tale da superare la soglia della violenza, caratterizzata da una particolare finalità consistente nella volontà di negare la dignità umana, requisito non previsto, peraltro, dalla norma. La definizione elaborata dalla giurisprudenza renderebbe, inoltre, la disposizione applicabile anche alle condotte poste in essere da soggetti muniti

¹¹²³ Lyon Ch. Acc., 19 gennaio 1996, 258, con nota di F. L. COSTE: «*Les tortures ou actes de barbarie supposent la démonstration, et d'un élément matériel consistant dans la commission d'un ou plusieurs actes d'une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime une douleur ou une souffrance aiguë, et d'un élément moral consistant dans la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine*». Y. MAYAUD, *Les organes ou représentants, relais de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Lexbase Pénal*, 7, 2018, *passim*. Parte della dottrina ha sottolineato come «*l'acte de barbarie est celui par lequel le coupable extériorise une cruauté, une sauvagerie, une perversité qui soulèvent une horreur et une réprobation générales. Par son comportement, l'auteur de tels actes exprime un mépris profond des valeurs humaines ordinairement reconnues, une absence totale de respect pour la sensibilité, l'intégrité corporelle et même la vie d'autrui*» (A. VITU, *note sous CA Douai 10 octobre 1991*, in *Rev. sc. crim.* 1992, 69).

¹¹²⁴ Tale definizione è stata ripresa in una recente pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., 11 dicembre 2019, n. 19-80.740) riguardante due coniugi. Il primo, sottoposto ad una finta esecuzione, veniva fatto spogliare e, con le mani legate dietro la schiena, era stato ripetutamente gettato tra le fiamme, prima di subire un profondo taglio alle parti intime. La moglie, invece, era stata costretta a partecipare agli abusi commessi nei confronti del marito, e successivamente spogliata prima di subire un tentativo di amputazione del dito mediante l'utilizzo di un paio di forbici. Già la Corte d'Assise, nella sua motivazione, non aveva omissso di concludere che il fatto di far soffrire la moglie davanti agli occhi del marito fosse indice della volontà dei soggetti agenti di torturare la coppia e che i fatti posti in essere riflettessero una certa crudeltà, che ben andava oltre la semplice violenza, e una particolare umiliazione, nel desiderio di attaccare la dignità umana. Ciò nonostante, l'imputato aveva presentato ricorso in Cassazione, adducendo come motivazione la mancanza della prova che l'elemento materiale avesse causato un forte dolore o sofferenza alla donna, potendo così andare esente da qualsivoglia responsabilità. La Corte di Cassazione ha sottolineato come non possa non ravvisarsi tortura nel caso *de quo*: «*Les exactions dont il est question sont un tout indivisible, et les souffrances de l'un des époux n'ont pu qu'être ressenties par l'autre, les deux malheureuses victimes ayant été les témoins de séances de cruauté inégalables sur la personne de leur conjoint, outre ce qu'elles ont physiquement subi à titre personnel*». Y. MAYAUD, *Torture et actes de barbaries. De la définition à la motivation. Infractions contre les personnes*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2020, 1, 87-88. Parte della dottrina evidenzia come in assenza di una specificazione da parte del legislatore con riguardo a tale volontà di negare la dignità umana, la stessa non possa essere un elemento costitutivo della fattispecie in esame. P. CONTE, *op. cit.*, n. 121.

di qualifica pubblicistica e, data la sua particolare genericità, anche ai dolori o alle sofferenze sia fisiche che psichiche.

Successivamente è intervenuta la Corte di Cassazione francese con sentenza del 10 gennaio 2007 (n. 04-87245) la quale ha statuito che, ai fini dell'individuazione della nozione di atti di tortura e di barbarie, è possibile richiamarsi alla definizione contenuta nell'art. 1 della CAT, mostrando, così, un atteggiamento di apertura¹¹²⁵. Tale impostazione, però, è stata in un certo senso obbligata, dato che la pronuncia si riferiva ad una fattispecie in cui il giudice esercitava la competenza universale in applicazione degli artt. 689¹¹²⁶, 689-1¹¹²⁷ e 689-2¹¹²⁸ del codice di procedura penale francese con particolare riguardo a fatti costituenti tortura, realizzati al di fuori dello Stato francese da un soggetto che, al momento dell'esercizio dell'azione penale, si trovava nel territorio della Repubblica.

In una recente pronuncia la *Cour de Cassation* ha ritenuto che non vi fosse motivo di deferire al *Conseil constitutionnel* la «question prioritaire de constitutionnalité» sollevata nei seguenti termini: «*les articles 222-1 (et 224-2, alinéa 2) du Code pénal méconnaissent-ils l'article 34 de la Constitution du*

¹¹²⁵ G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 10-11. Come sottolineato dal Professore P. CONTE, «*Dès lors en effet que les juges ne paraissent mobiliser le concept qu'en cas de conflit de qualification, la dignité humaine semble devoir être tenue, non pour un élément constitutif à proprement parler devant être caractérisé en toutes hypothèses, mais pour un simple « élément qualifiant » de l'infraction*». V., P. CONTE, *L'apparence en matière pénal*, Thèse Grenoble, 1984, n° 886.

¹¹²⁶ Articolo 689 del codice di procedura penale francese: «*Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction*».

¹¹²⁷ Articolo 689-1 del codice di procedura penale francese: «*En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable*».

¹¹²⁸ Articolo 689-2 del codice di procedura penale francese: «*Pour l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention*».

4 octobre 1958 et le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, faisant obligation au législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en des termes suffisamment clairs et précis, en ce qu'ils punissent les actes de torture et les actes de barbarie sans définir les éléments constitutifs de ces infractions?»

La questione di costituzionalità, quindi, riguardava la violazione del principio di legalità, ritenendosi il testo dell'art. 222-1 (e 224-2) c.p. poco chiaro e connotato da indeterminatezza. La *Chambre criminelle* rifiutò di adire il *Conseil constitutionnel* ritenendo l'insussistenza del carattere «*sérieux*» della questione sollevata, dal momento che il laconismo del codice penale sarebbe stato colmato mediante il richiamo all'articolo 1 della Convenzione di New York del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, ratificata dalla Francia il 18 febbraio 1986¹¹²⁹.

La Corte, questa volta, in un contesto slegato da quello precedente della *competence universelle* in cui era evidente che la definizione contenuta nell'art. 1 della CAT divenisse l'unico parametro normativo valido e utilizzabile, afferma che per evitare frizioni con il principio di legalità, il giudice dovrà necessariamente riferirsi alla disposizione sovranazionale. Stupisce, però, tale argomentazione sia in quanto l'art. 222-1 c.p. disciplina un reato comune, sia per l'assenza, nella medesima norma, di finalità rilevanti. Si deve quindi presumere che, per conferire maggiore autorevolezza all'art. 1 della Convenzione, la Corte di Cassazione lo abbia ritenuto un testo in grado di guidare legittimamente il giudice penale nel suo lavoro di interpretazione. La sentenza si basa, in altre parole, non sull'articolo 55 della Costituzione francese, che stabilisce la superiorità della convenzione internazionale sul diritto interno, ma sull'articolo 111-4 del codice penale, che affida al potere giudiziario il compito di interpretare il diritto penale. La definizione convenzionale si applicherebbe, quindi, sia alla nozione di tortura che a quella

¹¹²⁹ Cass. crim., 21 giugno 2017, n° 17-82.068, in *JurisData*, n. 2017-014140.

di atti di barbarie, riportandole ad unità¹¹³⁰, nonostante la Convenzione non faccia mai cenno a quest'ultima espressione. Parte della dottrina francese e della giurisprudenza¹¹³¹, inoltre, ritiene che tale concetto debba essere interpretato nel senso di trattamenti inumani o degradanti¹¹³², secondo la concezione propria del diritto internazionale¹¹³³. «*Quoi qu'il en soit, alors que, selon la jurisprudence, les actes de barbarie, simple question de fait, relevaient jusqu'alors du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond*¹¹³⁴, ils constituent désormais une notion de droit, soumise comme telle au contrôle de la chambre criminelle»¹¹³⁵. Il richiamo alla Convenzione Onu consente di affermare, altresì, che gli atti in esame possano causare una sofferenza non solo fisica (come spesso ritenuto dalla dottrina), bensì anche psichica, ponendo rimedio all'annosa questione. Inoltre, la condotta integrante la fattispecie di cui all'art. 222-1 può essere sia attiva, sia omissiva. E' stato ammesso, infatti, che la privazione di cibo o l'esposizione al freddo ben possa costituire tortura, a condizione che tali condotte siano provocate volontariamente e protratte nel

¹¹³⁰ La stessa dottrina sostiene che l'incriminazione di cui all'art. 222-1 sia «*une et indivisible*», non ritenendosi necessario effettuare un distinguo tra atti di tortura ed atti di barbarie. V., H. ANGEVIN, *Tortures et actes de barbarie*, cit., nn. 24-25. Unità concettuale da intendersi come tale sia quando tali atti siano considerati come reato autonomo, circostanza aggravante o come componente di altro reato. In giurisprudenza, v., Cass. Crim., 11 maggio 2005, n. 05-81.331, in *JurisData* n. 2005-028668; Cass. Crim., 26 ottobre 2011, n. 10-87.848, in *JurisData* n. 2011-026672; Cass. Crim., 23 ottobre 2002, n. 02-85.379, in *JurisData* n. 2002-016287.

¹¹³¹ Cass. Crim., 4 aprile 2002, n. 02-80.328; Cass. Crim., 2 dicembre 1998, n. 97-84.937, in *JurisData*, n. ° 1998-005118.

¹¹³² In virtù di quanto sancito dalla giurisprudenza sovranazionale, parte della dottrina ritiene che le torture e gli atti di barbarie dell'articolo 222-1 del codice penale si distinguano in base all'intensità della sofferenza inflitta alle vittime, essendo l'atto di barbarie quello che provoca «sofferenza fisica connotata da una crudeltà meno intensa rispetto alla tortura» (P. CONTE, *Special Criminal Law*, in *LexisNexis*, V ed., 2016, n. 211).

¹¹³³ A. VITU, *Note sous CA Douai 10 octobre 1991*, in *Rev. sc. crim.* 1992, 69. L'assimilazione dei trattamenti inumani o degradanti alla nozione di atti di barbarie si può ritenere inappropriata per una serie di ragioni. In primo luogo, l'art. 3 della CEDU individua due concetti distinti di trattamento inumano «o» degradante, a cui la Corte europea attribuisce, peraltro, significati diversi, mentre l'espressione atti di barbarie costituisce un concetto unitario. Inoltre, proprio in virtù di quanto sancito dalla giurisprudenza di Strasburgo, emerge chiaramente come siano utilizzati nei casi in cui, ovviamente, non trovi applicazione l'articolo 222-1 del codice penale francese. R. OLLARD, *Arts. 222-1 à 222-6-2, Tortures et actes de barbarie*, cit., par. 80.

¹¹³⁴ Cass. crim., 1 dicembre 1993, n. 93-82.010, in *JurisData*, n. 1993-002524.

¹¹³⁵ P. CONTE, *Torture et actes de barbarie*, cit., comm.121.

tempo¹¹³⁶. Infine si è concordi nel ritenere sufficiente anche un solo atto di violenza al fine di integrare la fattispecie, nonostante l'utilizzo del plurale con riguardo a «*les tortures*» e agli «*actes de barbarie*» possa fare pensare diversamente¹¹³⁷.

Così come accaduto nel nostro ordinamento, è sorta una diatriba tra il Comitato contro la tortura ed il Governo francese. Il primo, a più riprese, raccomandava di introdurre nella legislazione penale francese una definizione di tortura conforme a quanto sancito nell'art. 1 CAT, ciò al fine di rendere il precetto penale conforme al principio di legalità, di ravvisare nella tortura un reato proprio e di rendere l'art. 221-1 c.p. imprescrittibile, al pari dei crimini contro l'umanità. Il Governo, invece, replicava che la legislazione francese fosse già conforme alla Convenzione ONU, prevedendo la repressione delle torture e degli atti di barbarie in una apposita norma e ritenendo che il dettato normativo ben potesse essere completato dall'opera della giurisprudenza, così come avvenuto con le sentenze in precedenza richiamate. Resta il fatto che l'art. 222-1 non prevede un reato proprio, allontanandosi dalla definizione convenzionale. Risalta, infatti, nella disciplina francese, la natura di reato comune. La possibilità che la tortura sia posta in essere da un soggetto qualificato è presa in considerazione, ma rientra nei termini di una aggravante del reato base, con l'aumento del massimo edittale da quindici a venti anni (art. 222-3 c.p.). Per quanto l'utilizzo dell'aggravante abbia la finalità di evidenziare la maggiore gravità dell'atto posto in essere da un rappresentante dello Stato, dall'altro è suscettibile di essere criticata non fosse altro perché vengono sanzionate, con la medesima pena, le divergenti situazioni disciplinate nell'art. 222-3, quando, invece, la tortura perpetrata da un pubblico funzionario meriterebbe un trattamento sanzionatorio più elevato rispetto alle altre circostanze aggravanti contenute nella disposizione *de qua*, determinando la sua condotta un abuso della propria posizione oltre che uno sfruttamento della

¹¹³⁶ E. GARÇON, Art. 341 à 344, in M. ROUSSELET, M. PATIN, M. ANCEL (a cura di), *Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour*, II ed., Parigi, 1956, n. 56.

¹¹³⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, VII ed., Dalloz, 2015, n. 108. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. Crim., 16 novembre 2004, n. 04-85.318, in *JurisData*, n. 2004-025789.

situazione di particolare vulnerabilità e debolezza di chi si trovi sotto l'esercizio del potere statale. Del resto ciò rappresenta un ulteriore distanziamento dalla definizione internazionalmente condivisa di tortura.

Sul versante dell'elemento soggettivo non rilevano specifiche finalità, potendosi qualificare la fattispecie di cui all'art. 222-1 quale reato a dolo generico¹¹³⁸. Come già accennato, secondo la giurisprudenza, la norma richiede la sussistenza anche di un «*dol spécial*», quindi non solo la rappresentazione e volontà di compiere atti connotati da una gravità eccezionale e di far soffrire la vittima, bensì anche «*la volontà di negare al soggetto passivo la dignità umana*»¹¹³⁹. Si pensi alla citata pronuncia della Corte di Appello di Lione in cui la vittima, un giovane ragazzo, era stato spogliato nudo, picchiato con un bastone ed al quale erano stati inferti un calcio ed un pugno oltre che inserito più volte un bastone nel retto, eppure la Corte ha ritenuto non sussistente il delitto di tortura e di atti di barbarie ex art. 222-1 c.p. per carenza dell'elemento soggettivo, poiché l'intenzione dei soggetti agenti non sarebbe stata «*quella di privare la vittima della sua dignità*»¹¹⁴⁰.

Infine, con riguardo al trattamento sanzionatorio, mentre il reato di tortura di cui all'art. 212-1, al pari degli altri crimini contro l'umanità, è imprescrittibile, la fattispecie di cui all'art. 222-1 è soggetta al regime della prescrizione. A tal proposito il Governo francese ha risposto alle raccomandazioni del Comitato Onu contro la tortura facendo riferimento alla circostanza che l'art. 2 della Convenzione non prevede espressamente l'imprescrittibilità del suddetto crimine anche perché, nel diritto francese, sono tali solo i crimini contro l'umanità e rendere imprescrittibile il reato di tortura e di barbarie significherebbe banalizzare il regime procedurale eccezionale dei crimini

¹¹³⁸ D. ROETS, *Le crime française de "torture set actes de barbarie" a l'aune du droit International des droits de l'homme*, in *Droit repressi au pluriel: droit interne, droit International, droit européen, droits de l'homme: liber amico rum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Limal, 2014, 664 ss.

¹¹³⁹ Lyon Ch. Acc., 19 janvier 1996, D. 1996, 258, nota F. L. COSTE.

¹¹⁴⁰ Lyon Ch. Acc., 19 janvier 1996, D. 1996, cit., 260: «*il n'apparaît pas que leurs auteurs aient eu la volonté en accomplissant les acts qui leur sont reprochés, de causer à la victim des souffrances aiguës, ou de nier en elle la dignité de la personne humaine; l'élément intentionnelle spécifique du crime ou de la circonstance aggravante de tortures et actes de barbarie n'est en l'espèce pas suffisamment caractérisé*».

contro l'umanità¹¹⁴¹. A seguito della riforma della prescrizione in materia penale¹¹⁴², il reato di tortura e di atti di barbarie si prescrive trascorsi venti anni dalla commissione del fatto¹¹⁴³.

4. Il modello «c.d. ibrido»

Il modello ibrido comprende quegli ordinamenti che prevedono nella legislazione penalistica un reato di tortura avente solo alcuni degli elementi costitutivi ricavabili dall'art. 1 della Convenzione ONU. Il Paese preso come riferimento è il Regno Unito¹¹⁴⁴. Quest'ultimo ha conosciuto in maniera marginale e parziale la tortura, ancorandola alla repressione di delitti dal carattere magico-religioso, tanto che parte della dottrina lo ha definito un ordinamento «immune»¹¹⁴⁵. L'esperienza di *common law* ha costituito la base per l'elaborazione ideologica di principi che hanno determinato l'emancipazione da tradizioni inquisitorie¹¹⁴⁶. L'asserita avversione del *common law* verso la tortura non sembra controvertibile. Sin dalle sue origini il *common law* si è espresso fermamente contro l'uso della tortura, tanto che il rifiuto di tale pratica fu uno dei suoi connotati caratteristici, divenendo oggetto di orgoglio da parte di giuristi inglesi come *Coke* o *Blackstone*, e di ammirazione da parte di autorità straniere come *Voltaire* e *Beccaria*¹¹⁴⁷.

¹¹⁴¹ Sul tema G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 11. Si noti anche che la disposizione di cui all'art. 222-1 c.p. non prevede una pena fissa. Ciò è tipico del sistema penale francese che, nella definizione normativa degli articoli, non individua dei minimi, ma indica solo il massimo edittale.

¹¹⁴² Il riferimento è alla L. n. 2017-242 del 27 febbraio 2017.

¹¹⁴³ Articolo 7 del Codice di procedura penale francese: «*L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise*».

¹¹⁴⁴ Il Regno Unito verrà comunque preso in considerazione in questo capitolo dell'elaborato, nonostante non sia più uno Stato membro dell'UE dal 31 gennaio 2020, essendo un ordinamento particolarmente meritevole di attenzione per le ragioni che verranno esposte.

¹¹⁴⁵ T. PADOVANI, *op. cit.*, 53.

¹¹⁴⁶ A. GUALAZZI, *La prova nel processo penale inglese: vecchi e nuovi principi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1641 ss. In generale, v., E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, 95 ss; V. PATANÉ, *Voce Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, II, 745; A. SHELDON, *Il processo penale inglese (il sistema accusatorio)*, Pisa, 1977, 49.

¹¹⁴⁷ Tale aspetto è stato precisato nelle motivazioni di Lord Bingham con riguardo ad una interessante decisione della House of Lords del 2005. House of Lords, Session 2005-06, [2005] UKHL 71, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (2004), *A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, (*Conjoined Appeals*), 8 Dicembre 2005. Per un commento v.,

In Inghilterra, a differenza di quanto accadeva nel resto del continente europeo¹¹⁴⁸, in epoca antecedente al Concilio Laterano IV, già a partire dal 1100, si poté assistere al superamento del sistema ordalico¹¹⁴⁹ in seguito alla formazione di una autorità centrale piuttosto forte, che diede vita ad un sistema di giustizia centralizzata, in antitesi al previgente sistema feudale¹¹⁵⁰. Una prima comparsa del divieto di tortura nel Regno Unito si ebbe intorno al 1200 nella *Magna Charta Libertatum*¹¹⁵¹, in cui venne stabilita la nullità della confessione estorta con la minaccia o ottenuta con frode.

Nonostante l'illegittimità delle pratiche di tortura nel sistema di *common law*, nel periodo storico intercorrente tra il 1540 ed il 1640, la stessa fu ritenuta ammissibile in casi di commissione di reati gravi contro lo Stato¹¹⁵². Il suo fondamento giuridico venne ravvisato nella mancanza di qualsiasi espresso

G. DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2006, 2640 ss.

¹¹⁴⁸ J. H. LAGBEIN, *Torture and the law of Proof- Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago, 1997, 81-128; E. PETERS, *Torture*, New York-Oxford, 1985, *passim*; E. HANSON, *Torture and Truth in Renaissance England*, in *Representations*, n. 34, 1991, 53-85.

¹¹⁴⁹ Con riguardo a tale sistema, A. L. LOWELL, *The Judicial Use of Torture*, in *Harvard Law Review*, 1897, 220-222; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, II ed., London, 1979, 4-7; F. POLLOCK, F. M. MAITLAND, *The History of English law before the time of Edward I*, II ed., Cambridge, 1968, 660-661.

¹¹⁵⁰ In particolare venne istituita una «*gran jury*», confermata anche successivamente dalla *Magna Assise* di Windsor del 1179, composta da un certo numero di membri, i quali asseveravano la commissione di un determinato reato da parte di un imputato e lo presentavano a giudici itineranti nominati dall'autorità regia. L'ordalia rappresentata dal duello, quindi, veniva sostituita dalla valutazione di questi stimabili giurati della comunità, ai quali era affidato il «*vere dictum*», cioè il dire la verità, ossia una valutazione effettuata da parte dei giurati i quali, dopo la presentazione di tutti gli elementi contrapposti da parte dell'accusa e da parte della difesa, emanavano il loro verdetto, quale esito del giudizio. E' chiaro che, di tale sistema, non poteva farne parte la tortura, essendo tipica di un sistema inquisitorio. V., T. PADOVANI, *op. cit.*, 53-54; H. PIHLAJAMÄKI, *The Painful Question: The Fate of Judicial Torture in Early Modern Sweden*, in *Law and History Review*, Vol. 25, N. 3, 2007, 557-592; E. SCAROINA, *op. cit.*, 183.

¹¹⁵¹ Nell'ordinamento inglese una fondamentale tutela dei diritti umani si ha già a partire con la *Magna Charta*, la cui prima versione risale al 1215. V., E. SHORTS, C. DE THAN, *Human Rights Law in the UK*, Londra, 2011, 21.

¹¹⁵² Durante il regno dei *Tudor* e degli *Stuart*, il *Privy Council* ordinò 101 casi di torture. V., J. HEALT, *Torture and English law: An Administrative history from the Plantagenets to the Stuart*, Westport, 1982, *passim*. Ciò che colpisce dell'utilizzo della tortura in tale periodo è rappresentato dal fatto che «*the Privy Council and the monarchs took great care to grant the process the stamp of legality*». D. FRIEDMAN, *Torture and the Common Law*, in *E.H.R.L.R.*, 2006, 188.

divieto e nell'immunità del sovrano dall'azione penale¹¹⁵³. Il ricorso alle pratiche di tortura subì una drastica riduzione durante il regno degli *Stuart*, a seguito dell'emergere di alcuni principi e di garanzie processuali nei confronti dell'accusato, quale, ad esempio, il *nemo tenetur se detegere*. Una prima vera svolta si ebbe nel 1628, nel caso *Felton*¹¹⁵⁴, con l'assassinio del Duca di *Buckingham*, al fine di ottenere dall'indagato la rivelazione dell'identità dei suoi complici. Nel caso di specie, i giudici dichiararono che le prove estorte mediante tortura fossero da considerarsi inammissibili ponendo, così, fine a tale atrocità¹¹⁵⁵, ritenendola una pratica ingiusta¹¹⁵⁶. Il divieto di porre in essere atti di tortura venne sancito nel *Bill of Rights* del 1688¹¹⁵⁷ e riconosciuto dalla *House of Lords* quale principio di *jus cogens*¹¹⁵⁸. Nel 1708 la Scozia seguì l'esempio inglese e, con una delle prime leggi emesse dal *Westminster Parliament* dopo l'*Union Act* del 1707, la tortura fu formalmente abolita anche in Scozia.

Infine, recente è l'introduzione nel diritto interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, avvenuta con l'approvazione, da parte del Parlamento britannico, dello *Human Rights Act* del 9 novembre 1998¹¹⁵⁹, il cui art. 3 sancisce che: «*No one shall be*

¹¹⁵³E. HANSON, *Discovering the Subject in Renaissance England*, Cambridge, 1998, 29. L'A. sottolinea che «*Its language was borrowed from the Continental jurisprudence, but not its institutional context*».

¹¹⁵⁴*Felton's Case*, 1628, 3 How State Tr. 371.

¹¹⁵⁵D. HOPE, *Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, 812. L'ultima condanna per tortura venne inflitta nel 1640. In quell'anno il sovrano Carlo I convocò il *Long Parliament* al fine di abolire la *Star Chamber*, creata da Enrico VII. Si trattava di un Tribunale prevalentemente penale specializzato nelle questioni coinvolgenti interessi della Corona e dell'ordine pubblico che venne creato nel seno del *Privy Council* e che non disdegnava l'utilizzo della tortura come mezzo processuale. Proprio perché creato ad immagine e somiglianza di alcuni tribunali situati nel continente e posto a servizio del sovrano al fine di reprimere gli oppositori della monarchia, sotto Giacomo I e Carlo I suscitò una crescente indignazione popolare. S. CARUSO, *La miglior legge del regno. Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di Jhon Selden (1584- 1654)*, Tomo I, Milano, 2001, 83.

¹¹⁵⁶V., W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol.IV, Ch. 25, Oxford, 1765, 320-321; D. JARDINE, *A reading on the Use of Torture in Criminal Law of England, Previously to the Commonwealth*, Londra, 1837, 11-12.

¹¹⁵⁷V., E. SHORTS, C. DE THAN, *op.cit.*, 21.

¹¹⁵⁸*Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Urgate* (n. 3), 1998, 3, W.I.R. 1456.

¹¹⁵⁹D. HOFFMANN, J. ROWE, *Human Rights in the UK. An Introduction to the Human Rights Act 1998*, Essex, 2010, 152.

*subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment»*¹¹⁶⁰. I giudici nazionali, pertanto, sono tenuti alla lettura della disposizione, in coerenza con l'art. 3 Cedu ed in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo¹¹⁶¹. Interessante sottolineare, in questa sede, come alcune pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo riguardanti il Regno Unito, rappresentino dei *leading cases* in materia. La necessità di assicurare l'ordine pubblico e la difesa della società democratica, minacciata dal terrorismo o da complesse forme di spionaggio, ha indotto, talvolta, le autorità governative, giudiziarie e penitenziarie ad impiegare mezzi ovvero a porre in essere atti risultanti in contrasto con lo spirito della Convenzione. Si pensi al caso *Irlanda c. Regno Unito*¹¹⁶², concernente una serie di tecniche di privazione sensoriale per contrastare il terrorismo irlandese (in particolare l'organizzazione militare dell'IRA)¹¹⁶³. L'Irlanda chiedeva alla Corte EDU di riconoscere le citate pratiche come tecniche di tortura e di affermare l'esistenza di una responsabilità attribuibile direttamente allo Stato e non ai singoli autori materiali. Nel distinguere le tre tipologie di comportamenti vietati e nel collocarli tra loro in progressiva scala di gravità ed intensità, la Corte statuiva

¹¹⁶⁰ L'iter di approvazione dello *Human Rights Act* è stato particolarmente lungo e travagliato a causa della diffidenza del Regno Unito verso le convenzioni internazionali in tema di diritti di libertà. «*La reticenza inglese ad incorporare la CEDU nel diritto interno si spiega col fatto che ciò avrebbe rappresentato per l'ordinamento giuridico nazionale una scelta fondamentale alla luce del già accennato concetto della "supremazia parlamentare", su cui si basa il diritto costituzionale inglese. Nel sistema giuridico britannico, dunque, è inconcepibile che i tribunali possano arrivare a dichiarare nulla una legge parlamentare (statute), e l'incorporazione della CEDU nel diritto interno avrebbe rappresentato quello che per molti era un terribile passaggio di potere dall'organo legislativo a quello giudiziario*». Sul punto v., A. DE SANTIS, *Il divieto di tortura e trattamento disumano e degradante nell'ordinamento europeo: il caso della Gran Bretagna*, in *Diritto&Diritti*, 2004, par.1.

¹¹⁶¹ E. SCAROINA, *op. cit.*, 186; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 12.

¹¹⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno*, ric., n. 5310/71.

¹¹⁶³ Tali tecniche consistevano: a) nel *wall-standing*, ossia nel costringere il detenuto a rimanere per lunghi periodi di tempo in piedi con le braccia aperte e le gambe divaricate, le dita delle mani sopra la testa contro il muro, in modo che il peso del corpo gravasse completamente sulla punta delle dita a contatto con il muro stesso; b) nell'incappucciamento, teso a causare la privazione sensoriale, costringendo il soggetto a portare un cappuccio nero in testa per tutto il tempo della detenzione, salvo durante l'interrogatorio; c) nella sottoposizione a rumore, mantenendo il detenuto in una stanza dove vi erano rumori costanti, in attesa del suo interrogatorio; d) nella privazione del sonno; e) nella privazione di cibo e acqua, sottoponendo il detenuto ad una dieta consistente in acqua e pane, con pasti serviti in modo del tutto irregolare.

che tali tecniche non risultassero per gravità e violenza tali da integrare il concetto di tortura, ma che fossero unicamente tese ad integrare trattamenti disumani¹¹⁶⁴. In tale fase della giurisprudenza di Strasburgo sembrava emergere un concetto di tortura strettamente correlato alla presenza di atti brutali sul corpo del detenuto e puramente fisici, riconducibili alle tecniche settecentesche di inflizione dei supplizi¹¹⁶⁵. Altra pronuncia storica coeva alla precedente è quella riguardante la qualificazione quale comportamento degradante e non come tortura, della punizione inflitta ad un quindicenne, consistente in tre colpi di verga, tesi a sanzionare atti di teppismo¹¹⁶⁶. Tale sentenza, al pari di altre¹¹⁶⁷, ha portato all'abolizione delle punizioni corporali in tutte le scuole britanniche¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁴ Nessuna condanna venne riportata dal Regno Unito dal momento che le condotte poste in essere, sebbene fossero state tenute da pubblici agenti e nei centri di interrogatorio (quindi strutture ufficiali di detenzione), vennero ritenute riconducibili alla responsabilità individuale dei singoli e non a quella generale dello Stato.

¹¹⁶⁵ Cfr., sul punto, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1975, *passim*. V., altresì, A. GORI, *Articolo 3 CEDU. Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L'altro diritto*, 2015, par. 2.3.1; S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, 1775.

¹¹⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*. Nel caso di specie, il Sig. *Tyrer*, cittadino dell'isola di Man, aveva citato in giudizio il Governo del Regno Unito per la violazione dell'art. 3 della Convenzione. La Corte, sempre in virtù di quella distinzione tra le varie tipologie di comportamenti sanzionati fondata sul rapporto di progressione scalare, ritenne che la punizione inflitta al Sig. *Tyrer* non avesse i connotati della gravità richiesti per la tortura e che le sofferenze patite dal ricorrente non fossero state tali da integrare un trattamento disumano costituendo, quella posta in essere dal soggetto agente, una pena degradante inflitta in violazione dell'art. 3 della Convenzione.

¹¹⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'Uomo, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, ric. n. 25599/94. Nel caso *de quo*, un minore di nove anni ritenuto «difficile», aveva ricevuto dal patrigno, in più occasioni, violentissime bastonate, le quali avevano causato dolorose contusioni. Accusato di attentato all'integrità fisica, quest'ultimo faceva valere il mezzo difensivo relativo alla «ragionevolezza della punizione» riconosciuto dal diritto inglese applicabile all'epoca e veniva assolto. La Corte ha giudicato che i minori e le altre persone vulnerabili, in particolare, avevano diritto ad una protezione, sotto forma di prevenzione efficace, che li ponesse al riparo da simili forme di attentato all'integrità della persona. I Giudici di Strasburgo hanno concluso riconoscendo la violazione dell'articolo 3 CEDU, dal momento che la legge inglese non garantiva una protezione sufficiente ai minori.

¹¹⁶⁸ Si pensi, altresì, alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 febbraio 1982, *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, Serie A n. 48. Il fatto che ha dato origine al ricorso riguardava le signore *Campbell e Cosans*, cittadine scozzesi, madri di due ragazzi minorenni, frequentanti la scuola dell'obbligo. Nell'istituto in questione, ai sensi della legislazione nazionale (vigente in tutto il Regno Unito), era utilizzato come strumento di correzione un sistema di punizioni corporali. Il figlio della signora *Cosans*, essendosi rifiutato di sottoporvisi, era stato sospeso; i genitori, informati del provvedimento, decidevano di appoggiare la sua decisione e il Preside della scuola, per tutta risposta, comunicava loro ufficialmente che la

Alcune pronunce della Corte Edu, riguardanti la Gran Bretagna e concernenti l'estradizione, hanno sancito, inoltre, l'assolutezza del divieto di tortura. E' possibile assistere a casi di violazione dell'art. 3 CEDU, in circostanze di inosservanza del principio del *non-refoulement*. Lo Stato membro è tenuto non solo ad assicurare che l'ordinamento interno non consenta in nessun caso di ricorrere alla tortura, ma anche a garantire il divieto del trasferimento di una persona sottoposta alla sua giurisdizione in Stati in cui potrebbe subire tale trattamento¹¹⁶⁹. La Corte di Strasburgo ha ravvisato nel divieto di tortura «un principio fondamentale delle società democratiche». Questa espressione è stata utilizzata dai Giudici di Strasburgo, per la prima volta, nel caso *Soering c. Regno Unito*¹¹⁷⁰, riguardante l'estradizione negli Stati Uniti (Paese in cui avrebbe subito la condanna alla pena di morte) di un cittadino tedesco, residente nel Regno Unito, pendendo nei suoi confronti l'accusa di omicidio¹¹⁷¹. Prendendo coscienza del fatto che la pena di morte è incompatibile con i principi sanciti nelle Convenzioni internazionali, la Corte

sospensione sarebbe stata prolungata finché non avessero accettato le regole, essendo il loro rifiuto un elemento ostativo alla partecipazione del figlio alle lezioni (effettivamente *Jeffrey Cosans* non sarebbe più tornato a frequentare quell'istituto, poiché dopo quasi un intero anno di sospensione aveva compiuto sedici anni e deciso di abbandonare il suo percorso formativo). Il figlio della signora *Campbell*, invece, non era mai stato minacciato di un tale comportamento; ciononostante, avendo chiesto i genitori rassicurazioni circa il fatto che non sarebbe mai stato sottoposto a quel genere di punizioni, avevano ricevuto risposta negativa. La Corte Edu, richiamandosi a quanto statuito nella precedente pronuncia *Tyrer c. Regno Unito*, si pronunciava sulla circostanza se un rischio di violazione dell'art. 3 fosse sufficiente a condannare il futuro autore della condotta. La Corte riteneva inconcepibile una estensione della portata dell'art. 3 a copertura del «timore di subire una punizione», ciò rappresentando un fatto aleatorio, strettamente correlato alla sensibilità della singola persona, incompatibile con l'emanazione di una pronuncia oggettiva.

¹¹⁶⁹ N. PARISI, D. RINOLDI, *La protezione dello straniero nello spazio giuridico europeo: il contributo della giurisprudenza internazionale. Un nuovo approccio nel "vecchio Continente"?*, in *Quest. giust., Seminario nazionale. L'immigrazione che verrà*, Catania, 20-21 febbraio 2015, nota 44, consultabile sul sito <http://www.questionegiustizia.it>.

¹¹⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 07 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

¹¹⁷¹ A partire dal caso *Soering*, i Giudici hanno cristallizzato il divieto di tortura, dapprima in maniera più sporadica, poi sempre più sistematica, fino a richiamare il carattere fondamentale dell'art. 3 all'interno dei principi generali sanciti nelle varie pronunce. Analogamente, v., la sentenza *V. c. Regno Unito*, in cui i Giudici hanno affermato che «the Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct [...] The nature of the crime committed by T. and the applicant is, therefore, immaterial to the consideration under Article 3». Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1999, *V. c. Regno Unito*, ric. n. 24888/94, §69.

di Strasburgo ha sancito che il fatto di esporre il ricorrente a tale rischio, per un periodo di tempo prolungato e considerata la sua giovane età, integrasse una violazione dell'art. 3 CEDU¹¹⁷². A partire dalla sentenza *Soering*, i Giudici hanno dotato il divieto di tortura di un'assolutezza maggiore rispetto al passato, valorizzandone l'efficacia a dispetto della competenza territoriale dello Stato parte, ben potendo la Corte sovranazionale, da tale momento, «valutare in via indiretta la legittimità convenzionale del trattamento sanzionatorio previsto nello Stato di destinazione». «La Corte, a partire da questa sentenza, ha posto sugli Stati membri l'onere di effettuare una valutazione rigorosa delle conseguenze prevedibili derivanti dall'extradizione del ricorrente in un Paese terzo»¹¹⁷³. La giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Soering c. Regno Unito*, è stata poi seguita, nelle sue linee generali, nei casi successivi. Nella sentenza *Vilvarajah c. Regno Unito*, la giurisprudenza della Corte ha specificato che il pericolo di subire tortura oltre ad essere «reale» deve essere anche «personale», cioè deve riguardare direttamente l'individuo oggetto del provvedimento di espulsione¹¹⁷⁴.

Nel 1996, con la sentenza *Chahal c. Regno Unito*¹¹⁷⁵, si affermava che la lotta al terrorismo non inficiasse il principio di absolutezza dell'art. 3 della Convenzione, il quale, nemmeno in una circostanza tanto grave può subire eccezioni, respingendo la tesi sostenuta dal Governo inglese, secondo cui il diritto di una persona ad essere protetta da tale trattamento all'estero doveva

¹¹⁷² Nel caso di specie non era possibile applicare il Protocollo n. 6 alla Convenzione che disponeva, nel primo articolo, l'abolizione della pena di morte, ciò in quanto non ancora ratificato dalla Gran Bretagna all'epoca dei fatti giudicati.

¹¹⁷³ A. GORI, *L'art. 3 della Convenzione*, cit., par. 2.3.2.

¹¹⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e a. c. Regno Unito*, 30.10.1991, ric. nn. 13163/87 13164/87 13165/87 13447/87 13448/87, §§103 e 108. «*The evidence before the Court concerning the background of the applicants, as well as the general situation, does not establish that their personal position was any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated as appears to have occurred previously in the cases of some of the applicants. A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3*».

¹¹⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 07 luglio 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, §79 e ss.

essere temperato rispetto al rischio in cui l'individuo aveva posto lo Stato che lo stava allontanando¹¹⁷⁶.

Un ulteriore profilo di sviluppo operato dai giudici di Strasburgo concerneva l'estensione della tutela offerta dall'art. 3 nell'ipotesi in cui l'extradizione o l'espulsione di un detenuto comportasse un rischio per la sua salute¹¹⁷⁷.

Altro aspetto di particolare rilievo concernente il Regno Unito, oggetto di alcune interessanti pronunce, riguarda la compatibilità della disciplina tipica del diritto inglese dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (c.d. *whole life order*), se non in casi eccezionali, con l'art. 3 CEDU¹¹⁷⁸. Dopo una

¹¹⁷⁶ I Giudici della Corte, contrariamente alle richieste del Governo inglese, dichiararono che l'extradizione sarebbe stata contraria alla Convenzione poiché vi erano forti probabilità che nel Paese di destinazione i ricorrenti sarebbero stati sottoposti a tortura o trattamenti disumani e degradanti a causa dei sospetti pendenti su di loro. L'argomentazione sottostante al ragionamento della Corte fu che l'art. 3, custodendo uno dei «*valori fondanti di una società democratica*», non potesse entrare in bilanciamento con diverse, anche se legittime, istanze, ma dovesse ricevere una tutela assoluta. Il divieto di deroghe, anche in circostanze gravi, come la lotta al terrorismo, è un principio che i giudici riaffermano nel corso del tempo, contribuendo a cristallizzare questo dato nella coscienza giuridica europea.

¹¹⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 02 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*, ric. n., 30240/96, parr. 49-53. Nel caso di specie il ricorrente aveva fatto ingresso illegittimamente nel territorio inglese e successivamente arrestato in quanto trovato in possesso di una grossa quantità di cocaina. I giudici inglesi lo avevano condannato ad una pena detentiva di tre anni in un carcere britannico. Durante il periodo dell'imprigionamento gli era stata diagnosticata la sindrome da immunodeficienza acquisita (AIDS), per la quale veniva sottoposto a tutte le cure del caso. Dopo aver scontato la pena e dopo essere stato rimesso in libertà, le autorità britanniche avevano emanato un provvedimento di espulsione nei suoi confronti, contro il quale egli si era appellato inutilmente prima presso il tribunale nazionale competente e successivamente presso gli organi di Strasburgo. A ragione della propria opposizione all'espulsione, egli sosteneva di essere stato vittima di una violazione dell'art. 3 della Convenzione, poiché nel suo Paese d'origine non avrebbe potuto ricevere le cure del caso, né essere stato in alcun modo assistito, essendo privo di parenti o amici, mentre al momento era seguito da alcune associazioni di volontariato. Secondo la Corte di Strasburgo pur osservando che «*[g]li stranieri che hanno scontato la pena della reclusione e temono un provvedimento di espulsione non possono, in via di principio, rivendicare il diritto a restare sul territorio di uno Stato contraente al fine di continuare a beneficiare dell'assistenza medica, sociale o di altra natura, assicurata durante il loro soggiorno in carcere*», affermava che a causa dell'importanza fondamentale dell'articolo 3 nel sistema di protezione convenzionale occorreva «*riservarsi un'elasticità particolare nell'applicare quella norma in situazioni diverse [...], con l'effetto che «non le è [...] impedito di esaminare la doglianza di un ricorrente [...] qualora il rischio che questi subisca trattamenti vietati nel Paese di destinazione non provenga da circostanze che possano implicare [...] la responsabilità delle autorità pubbliche di tale Paese o che, autonomamente considerati, non violino la disposizione in parola*». La Corte, tutto ciò considerato, ha condannato il Regno Unito e attribuito al ricorrente il diritto a continuare a risiedervi.

¹¹⁷⁸ Secondo la normativa inglese, i giudici possono stabilire, mediante il c.d. «*whole life order*», che la pena dell'ergastolo sia effettivamente scontata per tutta la durata della vita del condannato, salva soltanto la possibilità di un suo rilascio anticipato disposto discrezionalmente dal Segretario di Stato in presenza di circostanze eccezionali quali, in

prima decisione con la quale la Corte Edu respinse il ricorso per violazione del disposto convenzionale¹¹⁷⁹, tornò a pronunciarsi sul punto, ribaltando la precedente pronuncia ed arrivando a sostenere la conformità della normativa inglese con il divieto dei trattamenti inumani o degradanti¹¹⁸⁰, sulla base della considerazione della positiva evoluzione della giurisprudenza domestica¹¹⁸¹. Il requisito della riducibilità *de facto e de iure* della pena

particolare, le condizioni di salute terminali del condannato, unite all'assenza di ogni sua residua pericolosità sociale. La normativa di riferimento è rinvenibile nella *Section 30 del Crime (sentence) Act 1997*, secondo cui «*The Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release in compassionate grounds*». I criteri di individuazione delle suddette circostanze eccezionali sono poi specificati in un atto avente natura regolamentare emesso dallo stesso Segretario di Stato (*Indeterminate sentence manual*, c.d. *Lifer manual*). Sul punto v., P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in *Dir. pen. contemp.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 11 aprile 2017, note nn. 3 e 4. (L'A. sottolinea che «l'espressione liberazione anticipata» debba essere intesa «con riferimento non al solo istituto della riduzione della pena detentiva per effetto della buona condotta, ma altresì a qualsiasi forma di anticipazione del fine-pena rispetto a quello fissato con il provvedimento di condanna»). F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4 luglio 2012, 4-5. I giudici nazionali inglesi erano già stati chiamati a pronunciarsi sul tema, statuendo che l'imposizione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non fosse in contrasto con l'art. 3 CEDU, salvo che la pena risultasse «*grossly or clearly disproportionate*» rispetto alla gravità del fatto. V., Court of Appeal, *R v Bieber* [2008] EWCA Crim 1601, [2009] 1 WLR 223.

¹¹⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vinter e altri c. Regno Unito*, rispettivamente IV sez., 17 gennaio 2012 e, conformemente, Grande Camera, 19 luglio 2013. Il caso da cui trae origine il ricorso risulta caratterizzato da una particolare gravità, consistendo nella commissione di un furto con scasso aggravato, violenza sessuale e triplice omicidio. Il reo, dopo essersi introdotto in un'abitazione, aveva ucciso tre componenti del nucleo familiare (madre, padre e figlio) ed aveva ripetutamente violentato la figlia diciottenne. Quello in esame rappresenta un vero e proprio *leading case* in materia di «*whole life imprisonment*», giungendo ad una declaratoria di incompatibilità convenzionale del «*fine pena mai*» come allora delineato nel sistema britannico, giudicato lesivo dell'art. 3 in considerazione dell'inesistenza di un meccanismo di riesame della pena idoneo ad assicurare un orizzonte di speranza per il condannato, nell'ipotesi in cui la detenzione già sofferta avesse effettivamente esaurito la sua funzione repressiva, preventiva e rieducativa.

¹¹⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, ric. n. 57592/08.

¹¹⁸¹ Court of Appeal (Criminal Division), *R. v. Ian MacLaoughlin e R. v. Lee William Newell*, 18 febbraio 2014, casi n. 2013/5645/A7 e 2013/5317/A5. Nel caso *MacLaoughlin*, i giudici nazionali hanno sostenuto che la violazione dichiarata dalla Grande Camera nel caso *Vinter* non fosse altro che il risultato di un errore di comprensione della normativa nazionale inglese da parte dei Giudici della Corte EDU. Sempre secondo i giudici inglesi, rientrerebbe nelle loro prerogative il compito di interpretare primariamente il diritto interno. Ciò in virtù di quanto sancito nelle *Sections 2 e 3 dello Human Rights Act* del 1998, che impongono un obbligo

perpetua era da ritenersi soddisfatto alla luce della possibilità per il Segretario di Stato di ordinare il rilascio del detenuto «*in ogni momento*», su richiesta di quest'ultimo, in base a «*circostanze eccezionali*»¹¹⁸², al fine di garantire che la detenzione non si protraesse oltre la cessazione del legittimo fondamento funzionale della stessa. Le «*circostanze eccezionali*» in cui può essere concesso *l'early release* sono da interpretarsi in senso sufficientemente ampio da coprire tutti i casi di esaurimento di funzione della pena.

La decisione della Corte aveva suscitato alcune reazioni, a partire dalle *dissenting opinions* dei giudici che avevano partecipato alla deliberazione stessa¹¹⁸³. Si dubita, in primo luogo, in merito alla chiarezza dei criteri ai quali il Segretario di Stato debba fare riferimento nell'esercizio del suo potere di *early release*, nonostante i giudici nazionali si limitino ad affermare che l'espressione *de qua* sia «*già di per sé sufficientemente chiara*». Inoltre, l'obbligo di tenere in considerazione la CEDU nell'interpretazione del diritto interno non sarebbe sufficiente a garantire il rispetto degli *standard* posti dalla giurisprudenza di Strasburgo, dato che, come sottolinea il Giudice *Pinto de Albuquerque*, molteplici sono stati i casi in cui i giudici nazionali inglesi si sono dimostrati piuttosto restii nel permettere l'ingresso della giurisprudenza della Corte EDU

generalizzato di interpretazione convenzionalmente orientata di tutto l'ordinamento giuridico.

¹¹⁸²Priva di rilevanza, per la Corte Edu, la circostanza che il sistema interno non fornisca la seppur minima specificazione delle «*circostanze eccezionali*» sulle quali sia possibile fondare una richiesta di rilascio per il condannato a vita, «*non ritendo compito della Corte quello di speculare in ordine a quanto efficacemente tale sistema, dotato di disciplina minima, possa in pratica funzionare*», ben potendo «*ulteriori precisazioni*» provenire dalla futura «*prassi interna*». Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., par. 69: «*[...] As is stated in section 30 of the 1997 Act, the Secretary of State may order release "at any time". It follows, as the Government have confirmed, that it is open to the applicant to trigger, at any time, a review of his detention by the Secretary of State. It is not for the Court to speculate as to how efficiently such a system, which has minimum regulation, might generally operate in practice. It is the individual situation of the applicant that is the focus of these proceedings [...]*» e § 70-71 «*[...] Further specification of the circumstances in which a whole life prisoner may seek release, with reference to the legitimate penological grounds for detention, may come through domestic practice. The statutory obligation on national courts to take into account the Article 3 case-law as it may develop in future provides an additional important safeguard [...]*».

¹¹⁸³ Cfr. le opinioni dissenzienti dei giudici *López Guerra, Pinto de Albuquerque e Sajó*, in calce alla citata Sentenza CEDU, *Grande Camera, Hutchinson c. Regno Unito*.

nell'ordinamento interno. Non si può non intravedere in questa pronuncia l'apertura di un varco verso lo svilimento del ruolo della Corte dinanzi alla giurisdizione domestica inglese¹¹⁸⁴. La Corte sovranazionale sembra aver nascosto «*la testa sotto la sabbia*» «*[...] apparentemente più preoccupata di evitare lo scontro diretto con i giudici nazionali*»¹¹⁸⁵. Ciò determinerebbe il venire meno, costituendo un esempio negativo, di quello che i costituzionalisti e gli studiosi del diritto sovranazionale chiamano «*dialogo tra le Corti*»¹¹⁸⁶, consistente nell'esigenza di una cooperazione tra i diversi «*attori*» coinvolti nella tutela multilivello dei diritti. Gli attori a cui si fa riferimento sono chiaramente le Corti inglesi e la Corte europea dei diritti dell'uomo, trattandosi nella specie più di un monologo che non di un vero e proprio dialogo, in cui la Corte Edu sembra fare acquiescenza, con un cenno del capo, a quanto statuito in sede nazionale.

Passando, ora, all'analisi della normativa penalistica, è possibile ravvisare all'interno del *Criminal Justice Act 1988*, una *Section* (Parte XI, artt. 134-138) appositamente dedicata alla tortura¹¹⁸⁷.

L'art. 134 disciplina il reato di tortura: «*Un pubblico ufficiale o una persona che agisca in veste di pubblico ufficiale, quale che sia la sua nazionalità, commette reato di tortura se nel Regno Unito o altrove infligga intenzionalmente grave dolore o sofferenza nell'esercizio, o nel preteso esercizio, delle sue funzioni*»¹¹⁸⁸. Si tratta, chiaramente, di un reato proprio, il

¹¹⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., opinione dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, par. 38: «*In this context, the present judgment may have seismic consequences for the European human-rights protection system. The majority's decision represents a peak in a growing trend towards downgrading the role of the Court before certain domestic jurisdictions, with the serious risk that the Convention is applied with double standards [...]*». V., sul tema, T. GROPPI, «*Sentinella, quanto resta della notte?*». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*, in *Rivista di diritti comparati* (web) - <http://www.diritticomparati.it>, 2020, 1-10.

¹¹⁸⁵ P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione*, cit., par.8.

¹¹⁸⁶ V., *ex multis*, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019, 2-15. A. RUGGERI, «*Dialogo*» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *I quaderni europei*, n. 59, 2013, 4 ss.

¹¹⁸⁷ C. J. EMMINS, G. SCANLAN, *A Guide to the Criminal Justice Act 1988*, Londra, 1988, 125.

¹¹⁸⁸ Articolo 134 comma 1 del *Criminal Justice Act*: «*Public official or person acting in an official capacity, whatever his nationality, commits the offence of torture if in the United*

cui soggetto attivo è un pubblico ufficiale ovvero una persona che agisca in tale veste, qualunque sia la nazionalità¹¹⁸⁹. Il reato si consuma indipendentemente dal luogo di commissione dei fatti di tortura. A tale aspetto si ricollega, peraltro, il dibattuto tema della rilevanza delle immunità rispetto a tali fatti. Emblematica è la vicenda dell'extradizione dall'Inghilterra in Spagna dell'ex Presidente cileno *Pinochet*, con riguardo ad una serie di gravi crimini, tra i quali rientranti quelli di tortura, allo stesso contestati da parte dei Giudici spagnoli¹¹⁹⁰. A seguito della complessa vicenda giudiziaria, che si riporta in nota¹¹⁹¹, l'*House of Lords* stabilì il principio di diritto secondo il quale gli atti

Kingdom or elsewhere he intentionally inflicts severe pain or suffering on another in the performance or purported performance of his official duties».

¹¹⁸⁹ Con l'espressione «*purported performance*» si suole intendere che si ravvisa tortura anche laddove tali atti siano stati disapprovati o proibiti dai superiori gerarchici o avrebbero potuto esserlo qualora conosciuti dagli stessi.

¹¹⁹⁰ V., per una valutazione critica della decisione, P. DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 1999, 933 ss. V., altresì, A. CASSESE, *Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008, 132 ss.

¹¹⁹¹ Il 16 ed il 18 ottobre 1998 l'Ufficio centrale di istruzione dell'*Audiencia Nacional* aveva emesso due mandati di arresto internazionale nei confronti del generale *Pinochet*. A sua volta la magistratura londinese aveva emanato due mandati di arresto provvisorio, relativi all'ipotesi di omicidio di cittadini spagnoli in territorio cileno e ad atti di tortura e di detenzione di ostaggi, oltre che di *conspiracy* volta alla commissione di tali atti e di omicidio in un Paese membro della Convenzione europea di estradizione. Il 28 ottobre 1998 la *Division Court della Queen's Bench Division* si pronunciava su tali ultimi provvedimenti, annullandoli. Con particolare riguardo al secondo, la circostanza di aver commesso i crimini di tortura nella sua veste di Capo dello Stato era stata ritenuta idonea a garantire l'operatività della immunità *ratione materiae* in virtù dello *State Immunity Act* del 1978. Il 25 novembre del 1998, la Camera dei *Lords* adottava la seconda pronuncia giurisdizionale sul caso, statuendo la validità del secondo mandato di arresto provvisorio. Pur essendo stati i crimini di tortura dallo stesso commessi nell'ambito delle sue funzioni di Capo dello Stato cileno negli anni del regime militare, essi non rientravano nelle funzioni internazionalmente tutelate da parte di colui che si trovava al vertice del Governo, non potendosi applicare il regime delle immunità. Pertanto, il 9 dicembre del medesimo anno, il Ministro degli interni del Regno Unito autorizzava il proseguimento del procedimento di estradizione avviatosi su richiesta delle Autorità spagnole. Su ricorso del Generale, la pronuncia *de qua* venne annullata dalla medesima Camera dei *Lords*, a seguito di alcune irregolarità nella formazione del collegio giudicante, aprendosi la strada per la terza pronuncia resa dal medesimo organo giurisdizionale in data 24 marzo 1999, in cui veniva nuovamente affermata la soluzione negativa in ordine al riconoscimento dell'immunità del Generale. Per un commento, V., A. BIANCHI, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet case*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, 237 ss; J. I. CHARNEY, *Progress in International Criminal Law*, in *American Journal of Int. Law*, 1999, 452 ss; C. DOMINICÉ, *Quelques observations sur l'immunité de jurisdiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, in *Revue générale de droit int. public*, 1999, 296 ss; M. COSNARD, *Quelques observations sur le décisions de la Chambre de Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999, dans l'affaire Pinochet*, *ivi*, 308 ss; H. FOX., *The Pinochet Case No. 3*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, 687 ss.

gravemente lesivi della dignità della persona, quali quelli di tortura, non rientrassero tra le funzioni di un Capo di Stato, non potendo essere coperti, quindi, dal regime dell'immunità dalla giurisdizione.

Il reato di cui all'art. 134 sopra citato si discosta dalla nozione convenzionale con particolare riguardo all'elemento soggettivo, ravvisandosi un dolo generico, data l'assenza dell'indicazione di una specifica finalità, anche se l'avverbio «*intentionally*» potrebbe far pensare alla categoria del dolo intenzionale e recuperare una certa conformità alla definizione di tortura contenuta nell'art. 1 CAT. In realtà, ad avviso di chi scrive, e come più volte ribadito, l'avverbio *de quo* viene utilizzato non tanto per indicare una particolare categoria di dolo, quanto per escludere la punibilità a titolo di colpa della fattispecie di tortura.

Il secondo comma della medesima norma sancisce che pone in essere atti di tortura anche colui che cagioni intenzionalmente «*grave dolore o sofferenza su istigazione di un pubblico ufficiale o una persona che agisca in veste di pubblico ufficiale*», laddove quest'ultimo abbia «*istigato o consentito il reato, o non si sia opposto ad esso*»¹¹⁹². Risulta, inoltre, priva di rilevanza la

¹¹⁹² Articolo 134 comma 2 del *Criminal Justice Act*: «*A person not falling within subsection 1 above commits the offence of torture, whatever his nationality, if in the United Kingdom or elsewhere he intentionally inflicts severe pain or suffering on another at the instigation or with the consent or acquiescence of a public official or of a person acting in an official capacity, and the official or other person is performing or purporting to perform his official duties when he instigates the commission of the offence or consents to or acquiesces in it*». La disposizione ricalca l'art. 4, par. 1 della Convenzione Onu contro la tortura secondo cui «*Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura*». Analogamente si veda il *General Comment* del Comitato dei diritti umani, con riguardo all'art. 7 del Patto internazionale dei diritti Civili e Politici, secondo cui scopo del suddetto articolo sarebbe quello di proteggere la dignità umana e l'integrità fisica e psichica della persona. «*It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity*». Il testo dell'articolo 7 non consente alcuna limitazione. Il Comitato ribadisce che, anche in situazioni di pubblica emergenza come quelle di cui all'articolo 4 del Patto, nessuna deroga alla disposizione dell'articolo 7 e alle sue disposizioni sia da ritenersi ammissibile. Allo stesso modo il Comitato osserva che nessuna giustificazione o circostanza attenuante possa essere invocata per giustificare una violazione dell'articolo 7, nemmeno un ordine di un superiore gerarchico o di una pubblica autorità. UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 marzo 1992, consultabile sul sito <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

circostanza che le sofferenze siano fisiche o mentali ovvero la riconducibilità delle stesse ad una condotta attiva od omissiva (art. 134 c.3)¹¹⁹³. Ad avviso di chi scrive, anziché creare un comma ulteriore con tale specificazione ed al fine di ripristinare la conformità alla Convenzione Onu, nella «definizione» di tortura di cui all'art. 134 c.1, ben si sarebbe potuto fare riferimento alla commissione di «qualsiasi atto», indicando dopo l'espressione «severe pain or suffering» i termini «physical or mental».

Il comma quarto della medesima disposizione prevede la non punibilità di coloro che abbiano tenuto una condotta in grado di provocare gravi dolori o sofferenze, provando di averla posta in essere in virtù di una legittima autortità, giustificazione o scusa che, ai sensi del quinto comma della medesima norma, discenda dalle leggi del Regno Unito o comunque di quello Stato in cui sia stata commessa tortura¹¹⁹⁴. Si tratta di una causa di non punibilità dal contenuto più ampio rispetto a quanto sancito nella *lawful sanctions clause* menzionata nella Convenzione Onu, secondo cui la tortura «non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate» e che pare porsi in contrasto con l'art. 2 par. 2 CAT, secondo cui «nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura» oltre che con il par. 3 della medesima Convenzione, in virtù del quale «l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato in

¹¹⁹³ Articolo 134 comma 3 del *Criminal Justice Act*: «It is immaterial whether the pain or suffering is physical or mental and whether it is caused by an act or an omission».

¹¹⁹⁴ Articolo 134 commi 4 e 5 del *Criminal Justice Act*: «It shall be a defence for a person charged with an offence under this section in respect of any conduct of his to prove that he had lawful authority, justification or excuse for that conduct». «For the purposes of this section "lawful authority, justification or excuse" means: (a) in relation to pain or suffering inflicted in the United Kingdom, lawful authority, justification or excuse under the law of the part of the United Kingdom where it was inflicted; (b) in relation to pain or suffering inflicted outside the United Kingdom: (I) if it was inflicted by a United Kingdom official acting under the law of the United Kingdom or by a person acting in an official capacity under that law, lawful authority, justification or excuse under that law; (II) if it was inflicted by a United Kingdom official acting under the law of any part of the United Kingdom or by a person acting in an official capacity under such law, lawful authority, justification or excuse under the law of the part of the United Kingdom under whose law he was acting; (III) in any other case, lawful authority, justification or excuse under the law of the place where it was inflicted».

giustificazione della tortura». Non è un caso che i commi quarto e quinto dell'articolo 134 siano stati profondamente criticati dal CPT, tanto da auspicarne una riforma, poiché contrastanti con gli articoli convenzionali sopra citati¹¹⁹⁵. Il Governo britannico ha replicato a tale critica, rassicurando che tali disposizioni avessero come unica finalità quella di scongiurare il rischio che condotte lecite – in quanto non rientranti nel disposto convenzionale – potessero essere punite in virtù della normativa interna¹¹⁹⁶.

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, esso costituisce uno dei più severi tra quelli previsti nelle varie legislazioni ordinarie volte a punire fatti costituenti tortura. L'art. 134 comma 6 prevede, infatti, che *«una persona che abbia commesso il reato di tortura sia condannato, qualora ritenuto colpevole, alla prigione a vita»*¹¹⁹⁷.

5. Il modello «tedesco»

Nel modello tedesco è possibile collocare tutti quegli ordinamenti che non prevedono nella propria legislazione penale, almeno apparentemente, un reato specifico di tortura, ma che presentano diverse disposizioni costituzionali in grado di rappresentare *«altrettante norme di sbarramento alla legittimazione di condotte ascrivibili al genus tortura»*¹¹⁹⁸.

*«La dignità umana è intangibile. Rispettarla e difenderla è dovere di ogni potere dello Stato»*¹¹⁹⁹. Questo è il tenore del primo articolo della Costituzione

¹¹⁹⁵ CAT/C/SR.627, consultabile online al sito <http://www.tbinternet.ohchr.org.>, par 10.

¹¹⁹⁶ Si pensi alla punibilità di una condotta del tutto lecita ai sensi della Convenzione, quale quella del *«chirurgo che ha provocato delle sofferenze nell'esercizio legittimo della sua professione»*. V., E. SCARONA, op. cit., 185-186; G. SERGES, *L'introduzione del reato di tortura*, cit., 12.

¹¹⁹⁷ Articolo 134 comma 6 del *Criminal Justice Act*: *«A person who commits the offence of torture shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for life»*.

¹¹⁹⁸ E. SCARONA, op. cit., 202.

¹¹⁹⁹ Articolo 1 della Costituzione tedesca: *«Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt»*. Per una buona traduzione italiana del *Grundgesetz* v., A. ANZON, J. LUTHER, P. HÄBERLE, *La legge Fondamentale tedesca*, Milano, 1997, *passim*; G. CERRINA FERRONI, T. E. FROSINI, A. TORRE, *Codice delle Costituzioni*, vol. 1 Torino, 2009, *passim*; S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano 1966, *passim*; E. P. DI SUNI PRAT, F. CASELLA, M. COMBA, *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità Europea*, Padova, 2001, *passim*. Con riguardo all'evoluzione storica della medesima Carta costituzionale, cfr., *ex multis*, F. K. FROMME, *Von*

di Bonn. La disposizione riveste un ruolo centrale nella struttura della Carta fondamentale, sia perché collocata come norma di apertura del *Grundgesetz*, sia in virtù dell'impossibilità di revisione costituzionale della stessa, secondo quanto sancito dall'art. 79 comma 3 Cost.¹²⁰⁰. E' importante sottolineare come l'art. 1 c. 1 non si sia limitato a proclamare l'intangibilità del principio normativo, ma, altresì, abbia subito richiamato l'attenzione sulla circostanza che al suo rispetto sia vincolato l'esercizio di ogni potere statale. «*E' lo Stato che deve agire nel rispetto della dignità umana e che è chiamato a tutelarla dalle possibili aggressioni*»¹²⁰¹, non potendo mai strumentalizzare la persona umana, facendola degradare a mero oggetto. Il riconoscimento della dignità umana diviene, quindi, una sorta di «*Grundnorm di kelseniana memoria*»¹²⁰², posta al vertice dell'intero ordinamento giuridico dello Stato, non suscettibile di alcuna limitazione. La sua concreta applicazione non è, pertanto, soggetta alla pratica del bilanciamento dei valori, tipica, invece, dei diritti fondamentali¹²⁰³. Esiste, peraltro, un rapporto di derivazione di questi ultimi, riconosciuti nel secondo comma dell'art. 1 Cost. («*il popolo tedesco si riconosce quindi nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come*

der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, Tübingen 1960, *passim*; C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Roma, 1980, *passim*; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1990, 3 ss.; C. TOMUSCHAT, *L'unità tedesca*, in *Giur. cost.*, 1991, 2523 ss; P. HÄBERLE, *La controversia sulla riforma della legge fondamentale tedesca*, in *Quad. cost.*, 1993, 279 ss; F. PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto*, Trento, 1997, *passim*; J. LUTHER, *Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra*, in ASSOCIAZIONE CULTURALE ITALO-TEDESCA LA SPEZIA (a cura di), *Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia, 1998, 23 ss; G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Bari, 1999, 119 ss.; M. BONINI, *Il potere costituente del popolo tedesco: riunificazione della Germania e integrazione europea*, Milano, 2001, *passim*; F. PALERMO, J. WOELK, *Germania*, Bologna, 2005, *passim*.

¹²⁰⁰ Articolo 79 comma 3 della Costituzione tedesca: «*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*».

¹²⁰¹ P. BECCHI, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 38/2012, 27-28.

¹²⁰² P. BECCHI, *Ivi*.

¹²⁰³ Sull'importanza della dignità umana, quale premessa di tutti i diritti fondamentali, v., D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, 144.

*fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo»*¹²⁰⁴), dalla dignità umana.

Altra importante disposizione costituzionalistica dalla quale si ricava il divieto di sottoporre un individuo a tortura è rinvenibile nell'art. 2 comma 1 Cost., in virtù del quale «*tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica*»¹²⁰⁵, oltre che nell'art. 104 comma 1 Cost., rubricato «*Garanzie in caso di privazione della libertà personale*» («*Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung*»), laddove si afferma che «*le persone arrestate non possono subire maltrattamenti né morali, né fisici*»¹²⁰⁶. La formulazione sembra riecheggiare quella contenuta nell'art. 13 della Costituzione italiana, anche se pare che l'inciso «*comunque sottoposte a restrizioni di libertà*» sia, probabilmente, di «*più ampio respiro*» rispetto all'espressione «*Festgehaltene Personen*», da tradursi nel senso di persone «*arrestate*», «*trattenute*» di cui all'articolo 104 c. 1 della Carta costituzionale tedesca¹²⁰⁷.

Il divieto di tortura è imposto, altresì, dagli strumenti del diritto internazionale, per il tramite della Costituzione. L'art. 25 Cost., infatti, sancisce che le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute «*sono parte integrante del diritto federale. Esse prevalgono sulle leggi e fanno sorgere diritti e doveri immediati per gli abitanti del territorio federale*»¹²⁰⁸, oltre alle Convenzioni che ovviamente vincolano la Germania in base alle leggi di ratifica.

Con riguardo alla legislazione ordinaria, l'ordinamento tedesco ha condiviso con l'Italia (fino al 2017, anno in cui è stato introdotto l'art. 613-bis c.p. nel codice penale) la circostanza di non avere disciplinato, quantomeno

¹²⁰⁴ Articolo 1 c. 2 della Costituzione tedesca: «*Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*»

¹²⁰⁵ Articolo 2 c. 1 della Costituzione tedesca: «*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit [...]*».

¹²⁰⁶ Articolo 104 c.1 della Costituzione tedesca: «*Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden*».

¹²⁰⁷ Su tale aspetto comparativo, v., G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 14.

¹²⁰⁸ Articolo 25 della Costituzione tedesca: «*Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes*». V., N. VOSSEN, *Sub § 343 StGB*, in R. HEFENDEHL, O. HOHMANN, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 5, 2014, 2344 ss.

espressamente, una specifica fattispecie volta a punire la tortura intesa come tale. La repressione di tale crimine può essere ricavata, pertanto, indirettamente da alcuni articoli del StGB: si tratta dei §§ 240 (*Nötigung*), 343 (*Aussageerpressung*).

La parola «*Folter*» (tortura) non viene mai utilizzata nello *Strafgesetzbuch*, tuttavia la disposizione che più si avvicina alla sua definizione è quella contenuta nel § 343, che sanziona, con la pena della reclusione da uno a dieci anni¹²⁰⁹, il pubblico ufficiale che, chiamato a collaborare ad uno dei procedimenti indicati nella norma (procedimenti penali, di sottoposizione a custodia da parte dell'Autorità, procedimenti per l'applicazione di una sanzione amministrativa ovvero procedimenti disciplinari o procedimenti dinanzi ad un giurì di onore o ad un giudice del lavoro), compia atti di maltrattamento fisico nei confronti di una persona oppure eserciti violenza nei suoi confronti, minacci l'uso della violenza o infligga sofferenze psichiche per costringerla a rendere deposizioni o dichiarazioni nell'ambito di un procedimento o ad ometterle¹²¹⁰. Viene previsto un trattamento sanzionatorio più mite - pena detentiva da sei mesi a cinque anni - nei casi di minore gravità¹²¹¹. La norma *de qua* protegge il bene giuridico dell'interesse generale al corretto esercizio dell'attività giudiziaria («*das Allgemeininteresse an der Rechtspflege*»)¹²¹². Si tratta di un reato proprio che sembra essere rivolto a sanzionare penalmente, in particolare, le violazioni del § 136 a del StPO, in virtù del quale la libertà di

¹²⁰⁹ Originariamente la pena prevista era di cinque anni. E' solo con la riforma del 1974 che la stessa è stata innalzata a dieci anni. Sul punto, F. ZIESCHANG, *sub § 343 StBG*, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 13, 2009, 291.

¹²¹⁰ § 343 StBG: «(I) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an 1.einem Strafverfahren, einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung, 2.einem Bußgeldverfahren oder 3.einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft».

¹²¹¹ § 343 StBG: (2) «In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren».

¹²¹² N. VOSSEN, *sub § 343StGB*, in R. HEFENDEHL, O. HOHMANN, *op. cit.*, 2343 ss. V., altresì, P. CRAMER, *sub § 343StGB*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 ed., München, 1997, 2284; N. FISCHER, *sub § 343StGB*, in *Strafgesetzbuch*, 64 ed., München, 2017, 2543.

decidere e la volontà dell'imputato non devono essere compromesse da maltrattamenti, dallo sfinimento indotto, da atti di violenza fisica, mediante la somministrazione di farmaci, da supplizi, dall'inganno o dall'ipnosi¹²¹³. La coercizione potrà essere utilizzata solo nei limiti consentiti dalla legge di procedura penale, essendo vietato minacciare l'accusato di applicare misure non consentite dalla legge di procedura penale o presentare la prospettiva di un vantaggio non contemplato dalla procedura penale. Non possono, infine, essere utilizzate le informazioni ottenute mediante costrizione della volontà delle persone sottoposte a procedimento penale, neanche se queste abbiano acconsentito all'utilizzo delle stesse.

In virtù dell'espresso riferimento, nel § 136 a del StPo, al termine «*Quälerei*», che può essere considerato un sinonimo di «*Folter*», da tradursi come «*tortura*», «*tormento*», «*supplizio*», si è affermato che il § 343 configuri un reato di tortura, commesso solo dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, in grado di reprimere una particolare tipologia di tortura, quella *ad eruendam veritatem*, per la commissione della quale è richiesta la presenza del dolo specifico in capo al soggetto agente che consiste nel costringere a rendere deposizioni o dichiarazioni nel procedimento ovvero ad ometterle¹²¹⁴.

Gli elementi costitutivi della fattispecie di *Aussageerpressung* vengono interpretati ampiamente, salvo poi ravvisarne uno che limita la portata applicativa del delitto *de quo*, ossia il riferimento all'espressione «*straßprozessuales pendant*»¹²¹⁵. Non è necessario un maltrattamento che si

¹²¹³§ 136 a StPO: «(I) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten. (II) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet. (III) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt».

¹²¹⁴ Sul punto, A. CADOPPI, *Aspetti comparatistica e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, 175; E. SCARONA, *op. cit.*, 205; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, *cit.*, 13-14.

¹²¹⁵Con riguardo a «*straßprozessuales Pendant*», v., K. ROGALL, *Bemerkungen zur Aussageerpressung*, in *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, 512. Si

estrinsechi mediante un'aggressione fisica, essendo sufficiente ad integrare la fattispecie *de qua* la privazione prolungata del sonno, del cibo e la segregazione del soggetto passivo in una cella senza luce¹²¹⁶. Con riguardo alla condotta della minaccia di violenza, che consiste nella prospettazione alla vittima, da parte del pubblico ufficiale, di ricorrere alla violenza qualora ella non tenga il comportamento da quest'ultimo richiesto, la fattispecie si ritiene integrata anche per «*omissione e comportamenti concludenti*»¹²¹⁷. Infine, anche con riguardo all'inflizione di sofferenze psichiche, la norma viene interpretata in senso lato, riferendosi a qualunque metodo atto a far venir meno la resistenza psichica del soggetto passivo (per esempio minacciando delle ritorsioni nei confronti dei familiari del reo).

Pur in assenza di una fattispecie *ad hoc*, un'altra norma che viene presa in considerazione e che punisce fatti riconducibili alla tortura, è quella prevista nel § 240 StGB che sanziona, con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria¹²¹⁸, chiunque con violenza o minaccia di un male sensibile, costringa antigiuridicamente una persona a fare, omettere o tollerare qualcosa. Il secondo comma precisa cosa debba intendersi per «*antigiuridico*»: un fatto risulta tale se l'impiego della violenza o della minaccia del male siano da considerare riprovevoli per il fine perseguito. I commi successivi al primo prevedono un aumento della pena detentiva (da sei mesi a cinque anni) con

tratta di un requisito stringente, limitandosi l'ambito applicativo del § 343 StGB ad uno dei procedimenti nello stesso indicati. In passato, il requisito era ancora più stringente, richiedendosi che le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale venissero utilizzate nel corso di una indagine. J. KINZIG, *Not Kennt kein Gebot?*, in *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, 794.

¹²¹⁶ P. CRAMER, *sub § 343StGB*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *op. cit.*, 2284.

¹²¹⁷ E. SCAROINA, *op. cit.*, 207; N. VOSSEN, *sub § 343StGB*, in R. HEFENDEHL, O. HOHMANN, *op. cit.*, 2352.

¹²¹⁸ § 240 StGB: «(I) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft». (II) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. (III) Der Versuch ist strafbar. (4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1.eine Schwangere zum Schwangerschaftsabbruch nötigt oder 2.seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht».

riguardo ai casi di particolare gravità, tra i quali rientra l'aver commesso il fatto con l'abuso di poteri o della posizione di pubblico ufficiale.

Trattasi, quindi, di un reato comune con la previsione dell'aggravante in caso di commissione del fatto da parte di un soggetto qualificato. L'Autorità giudiziaria dovrà, quindi, valutare nel caso di specie se vi sia antigiuridicità del fatto in relazione allo scopo perseguito. E' bene precisare che, proprio in virtù dei principi costituzionali sopra enunciati, ed in particolare dell'art. 1 della Legge fondamentale che sancisce l'intangibilità della dignità umana imponendone il rispetto e la protezione da parte di ogni potere dello Stato, il § 240 c. 2 non potrà essere utilizzato al fine di giustificare atti costituenti tortura. Sicuramente non conforme a quanto imposto in sede sovranazionale è il trattamento sanzionatorio previsto per questo reato, data l'irrisorietà della pena detentiva, anche in caso di fattispecie aggravata e, soprattutto, dell'alternativa pena pecuniaria.

Nonostante sia evidente la lacuna con riguardo all'assenza di una fattispecie *ad hoc*, parte della dottrina sostiene l'adeguatezza dell'ordinamento tedesco a reprimere atti di tortura, facendo leva sulle medesime argomentazioni adottate dal Governo italiano antecedentemente alla Novella del 2017, ritenendo esistente, cioè, una batteria di norme di per sé idonea a sanzionare casi di tortura. In particolare, oltre ai già citati § § 240 e 343, per reprimere il fenomeno si ricorre alle ulteriori fattispecie criminose delle Lesioni (§ § 223 ss. e 340 StGB) ed a quelle di Omicidio (§ 212) ed Assassinio (§ 211) «*nella forma tentata, rispetto alla causazione di una tortura*»¹²¹⁹.

A parere di chi scrive si evince, in tale modello, un ulteriore esempio di allontanamento dalla Convenzione Onu, per l'assenza di una fattispecie *ad hoc* e per l'inadeguatezza sanzionatoria delle norme vigenti atte a reprimere i fatti di tortura, le quali, ad eccezione dell'*Aussageerpressung*, si caratterizzano per la natura di reati comuni. Allontanamento che si fa ancora più pregnante se si considera l'intenso dibattito sorto proprio in Germania in merito alla possibilità

¹²¹⁹ E. HILGENDORF, *Folter im Rechtsstaat?*, in *JuristenZeitung*, 2004, 334; E. SCARONA, *op. cit.*, 204.

di ricorrere alla tortura di salvezza («*Rettungsfolter*») in condizioni eccezionali, trovandone fondamenti giustificativi¹²²⁰. Questo tema sarà affrontato nel capitolo seguente, mettendo in risalto come il divieto categorico di tortura sembra aver perso il proprio *status* di base indefettibile della democrazia liberale e che «*the unthinkable is not only being thought, but openly discussed*»¹²²¹.

6. I modelli degli altri Paesi europei

Come è stato analizzato in precedenza, è possibile distinguere quattro linee guida tracciate nelle diverse legislazioni penali analizzate. La prima seguita da Paesi come la Spagna che, nella redazione degli elementi costitutivi della fattispecie di tortura, si sono ispirati totalmente alla Convenzione, ravvisando un reato proprio ed a dolo specifico. La seconda seguita da quegli ordinamenti che, come la Francia, hanno previsto un reato comune a dolo generico. La terza, che costituisce un modello a metà strada tra i precedenti e che prevede solo alcuni elementi conformi a Convenzione, discostandosene per altri, tra cui è possibile annoverare il Regno Unito che, come visto, si avvicina da un lato al modello Spagnolo, avendo individuato, nella *Section 134* del *Criminal Justice Act del 1998*, un reato proprio, mentre dall'altro si avvicina al modello francese con riguardo all'elemento teleologico, essendo sufficiente il mero dolo generico. La quarta, invece, comprende quei Paesi che, come la Germania, godono di una importante base costituzionale nella repressione del crimine *de quo*, senza prevedere espressamente un reato specifico di tortura nella legislazione penalistica.

¹²²⁰ S. LEVINSON, *Torture: A collection*, New York, 2004, *passim*; B. BRECHER, *Torture and the Ticking Bomb*, Madlen, 2007, *passim*; P. GAETA, *May Necessity Be Available as a Defense for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. II, 2004, 785 ss; O. GROSS, *Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, in *University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series n.04-6*, 2004, 101 ss, consultabile sul sito web <https://ssrn.com/abstract=525362>; J. T. PARRY, W. S. WHITE, *Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?*, in *University of Pittsburgh law review*, vol 63, 2002, 743 ss.

¹²²¹ M. GUR ARYE, F. JESSBERGER, *The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recente German and Israeli experiences*, in *Israel Law Rew Review*, vol. 44, 2011, 229 ss.

Sulla falsariga del modello spagnolo si colloca la previsione del *Codice penale portoghese* del 1982, così come ampiamente riformato nel 1995, con l'inserimento nel Titolo III, dedicato ai «*crimini contro l'identità culturale e l'integrità personale*», degli articoli 243 e ss. La norma punisce con la reclusione da uno a cinque anni e salvo che non venga in considerazione un reato più grave, chiunque «*essendo adibito ad una funzione di prevenzione, persecuzione, indagine o conoscenza di reati di infrazioni amministrative o disciplinari, all'esecuzione di sanzioni della stessa natura o alla protezione, custodia o sorveglianza di persona detenuta o carcerata, la tortura o la tratta in modo crudele o degradante o disumano per ottenere da lei o da altra persona confessione, deposizione, dichiarazione, informazione oppure nel castigarla per un atto commesso o che si suppone commesso da lei o da altra persona oppure per intimidire lei o altra persona*»¹²²². Dall'analisi di questo reato proprio a dolo specifico emerge come lo stesso ricomprenda le forme di tortura individuate dalla Convenzione Onu (eccetto quella discriminatoria), oltre ad una specificazione maggiore della cerchia dei soggetti che possano trovarsi nell'opportunità di torturare, rendendo la norma ancora più «*definita*»¹²²³. Il legislatore portoghese si è spinto fino al punto di definire cosa si debba intendere per tortura, anche se la stessa è stata equiparata al

¹²²² Articolo 243 del codice penale portoghese: «(I) - *Quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) Obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação; b) A castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou c) A intimidar ou para intimidar outra pessoa; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.* (II) - *Na mesma pena incorre quem, por sua iniciativa ou por ordem superior, usurpar a função referida no número anterior para praticar qualquer dos actos aí descritos.* (III) - *Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima.* 4 - *O disposto no número anterior não abrange os sofrimentos inerentes à execução das sanções previstas no nº 1 ou por ela ocasionados, nem as medidas legais privativas ou restritivas da liberdade.*»

¹²²³ T. PADOVANI, *op. cit.*, 29.

trattamento inumano o degradante o alla crudeltà¹²²⁴, come accaduto in relazione all'art. 613-*bis* c.p. introdotto nel nostro codice penale. In particolare, il comma 3 dell'art. 243 ritiene riconducibile alla tortura, ai trattamenti crudeli, degradanti, o inumani quell'atto che consiste nell'infliggere acuta sofferenza fisica o psicologica, grave affaticamento fisico o psicologico, o nell'uso di sostanze chimiche, droghe o altri mezzi, naturali o artificiali, con l'intento di distruggere la capacità di determinazione o il libero arbitrio della vittima. Viene ripresa, nel comma 4, la *lawful sanctions clause* così come sancita in sede convenzionale.

E' previsto, inoltre, un aggravio del trattamento sanzionatorio (dai tre ai dodici anni), quando all'atto di tortura consegua un'offesa grave all'integrità fisica della vittima e qualora vengano utilizzati mezzi o metodi per praticare la tortura che risultino particolarmente gravi. La pena subisce un ulteriore aumento (dagli otto ai sedici anni) quando dagli atti di tortura derivi la morte ovvero il suicidio del soggetto passivo¹²²⁵. Il codice prevede, altresì, un ulteriore reato proprio, quello di omissione di denuncia ex art. 245 c.p., che sanziona la condotta del superiore gerarchico che, avendo conoscenza delle pratiche di tortura perpetrate dal suo sottoposto, non effettui denuncia entro tre giorni dalla conoscenza di tali atti¹²²⁶.

Molti ordinamenti hanno ripreso pedissequamente, altri con lievi differenze, il contenuto dell'art. 1 della CAT, inserendolo nella propria legislazione

¹²²⁴ V., P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 408-409. Gli A. avanzano l'ipotesi che, dal punto di vista dell'equiparazione tra tortura e gli altri *ill-treatments*, la legislazione portoghese possa avere influenzato quella italiana. La differenza consiste nel fatto che quest'ultima risulti essere più restrittiva in virtù della congiunzione «e» che lega i trattamenti inumani e degradanti.

¹²²⁵ Articolo 244 del Codice penale portoghese: «(I) - *Quem, nos termos e condições referidos no artigo anterior: a) Produzir ofensa à integridade física grave; b) Empregar meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, electrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias; ou c) Praticar habitualmente actos referidos no artigo anterior; é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. (II) Se dos factos descritos neste artigo ou no artigo anterior resultar suicídio ou morte da vítima, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos*».

¹²²⁶ Articolo 245 del Codice penale portoghese: «*O superior hierárquico que, tendo conhecimento da prática, por subordinado, de facto descrito nos artigos 243º ou 244º, não fizer a denúncia no prazo máximo de 3 dias após o conhecimento, é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos*».

penalistica. E' il caso di Malta¹²²⁷, del Lussemburgo¹²²⁸, della Croazia¹²²⁹, dell'Austria¹²³⁰, dell'Irlanda¹²³¹, della Finlandia¹²³², della Grecia¹²³³ e della Romania¹²³⁴.

¹²²⁷ Articolo 139 A del Codice penale maltese: «Any public officer or servant or any other person acting in an official capacity who intentionally inflicts on a person severe pain or suffering, whether physical or mental - (a) for the purpose of obtaining from him or a third person information or a confession; or (b) for the purpose of punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed; or (c) for the purpose of intimidating him or a third person or of coercing him or a third person to do, or to omit to do, any act; or (d) for any reason based on discrimination of any kind, shall, on conviction, be liable to imprisonment for a term from five to nine years: Provided that no offence is committed where pain or suffering arises only from, or is inherent in or incidental to, lawful sanctions or measures: Provided further that nothing in this article shall affect the applicability of other provisions of this Code or of any other law providing for a higher punishment».

¹²²⁸ Articolo 260 del Codice penale del Lussemburgo: «Toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, toute personne chargée d'un service public ou toute personne agissant à l'instigation ou avec le consentement exprès ou tacite de l'une de ces personnes, qui aura intentionnellement infligé à une personne des actes de torture au sens de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en lui causant une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans».

¹²²⁹ Articolo 176 del Codice penale croato: «An official or another person who, acting upon the instigation or with the explicit or implicit consent of a public official, inflicts on a person physical or mental pain or severe physical or mental suffering for such purposes as to obtain from him or a third person information or a confession, or punishes him for a criminal offense he or a third person has committed or is suspected of having committed or who intimidates or coerces him for any other reason based on discrimination of any kind shall be punished by imprisonment for one to eight years».

¹²³⁰ § 312a. (Folter) del Codice penale austriaco «(I) Wer als Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Z 4a lit. b oder c, auf Veranlassung eines solchen Amtsträgers oder mit ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis eines solchen Amtsträgers einer anderen Person, insbesondere um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen, um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem auf Diskriminierung beruhenden Grund große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zufügt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen [...]»

¹²³¹ Con riguardo all'Irlanda, la definizione ed il relativo divieto di porre in essere atti di tortura è previsto nelle Sections 1 e 2 del *Criminal Justice (United Nations Convention against Torture) Act 2000*, con cui si è data attuazione alla Convenzione Onu del 1984. La prima Section si prefigge come obiettivo quello di fornire una interpretazione della terminologia impiegata nel definire la tortura. In particolare, «“the offence of torture” shall be construed in accordance with section 2 of this Act; “public official” includes a person acting in an official capacity; “torture” means an act or omission by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person- (a) for such purposes as - (i) obtaining from that person, or from another person, information or a confession, (ii) punishing that person for an act which the person concerned or a third person has committed or is suspected of having committed, or (iii) intimidating or coercing that person or a third person,

Particolare attenzione merita l'Estonia. Inizialmente il Codice penale disciplinava la tortura nella *Subdivision 1* («Atti di violenza») della *Division 2*

or (b) for any reason that is based on any form of discrimination, but does not include any such act that arises solely from, or is inherent in or incidental to, lawful sanctions [...]».

La Section 2 prevede che « (1) A public official, whatever his or her nationality, who carries out an act of torture on a person, whether within or outside the State, shall be guilty of the offence of torture. (2) A person, whatever his or her nationality, other than a public official, who carries out an act of torture on another person, whether within or outside the State, at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, a public official shall be guilty of the offence of torture. (3) A person guilty of the offence of torture shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for life». La Section 2 della legge, quindi, individua il reato di tortura e stabilisce le categorie di soggetti che possono essere colpevoli di tortura, prevedendo la pena della reclusione a vita per il soggetto attivo di tale reato.

¹²³² Section 9 a del Codice penale finlandese: «*If a public official causes another strong physical or mental suffering (1) in order to get him or her or another person to confess or to provide information, (2) in order to punish him or her for something that he or she or some other person has done or is suspected of having done, (3) in order to frighten or coerce him or her or another person, or (4) on the basis of race, national or ethnic origin, skin colour, language, gender, age, family relations, sexual orientation, inheritance, incapacity, state of health, religion, political opinion, political or vocational activity or other corresponding grounds, he or she shall be sentenced for torture to imprisonment for at least two and at most twelve years and in addition to removal from office».*

¹²³³ Con riguardo alla definizione di tortura fornita dal Codice penale greco si deve precisare come sia assente la finalità discriminatoria e sottolineare la circostanza che viene riservato un apposito comma alla specificazione di quali atti siano riconducibili alla tortura. Articolo 137 a del Codice penale greco: «*(I) Any public servant or military officer whose duties include the prosecution or interrogation or examination of criminal or disciplinary offences or the execution of penalties or the guarding or the custody of detainees, shall be punishable by imprisonment if he or she subjects to torture, in the course of the performance of his or her duties, any person under his or her authority, with a view: (a) To extorting from him or her or a third person a confession, deposition, piece of information or statement, especially that of repudiation or acceptance of a political or other ideology; (b) To punishing him or her; (c) To intimidating him or her or a third person.[...]. (II) The term torture refers to: (a) Any systematic infliction of acute physical pain; (b) Any systematic infliction of physical exhaustion endangering the health of a person; (c) Any systematic infliction of mental suffering, which could lead to severe psychological damage; (d) Any illegal use of chemicals, drugs or other natural or artificial means aiming at bending the victim's will. [...]».*

¹²³⁴ Articolo 282 (Torture) del Codice penale romeno: «*(I) The act of a public employee performs any function involving the exercise of state authority or other person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of its people to cause a strong physical or mental suffering: a) to obtain from that person or a third person information or statements; b) to punish her for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed; c) in order to intimidate or put pressure on it or to intimidate or put pressure on a third person; d) a reason based on any form of discrimination, shall be punished with imprisonment for 27 years, and deprivation of rights. (II) If the act in para. (I) resulted in bodily injury, the penalty is imprisonment from 3 to 10 years and deprivation of certain rights. (III) The torture that resulted in death of the victim is punished with imprisonment from 15 to 25 years and deprivation of certain rights. (IV) The attempt at offense under par. (I) shall be punished. (V) No exceptional circumstance, whatever it is, whether it is a state of war or a threat of war, internal political instability or any other state of exception can not be invoked to justify torture. It also can not be relied upon order of a superior or public authority. (6) do not constitute torture pain or suffering arising only from lawful sanctions that are inherent in such sanctions or caused by them».*

(«*Offese contro la salute*») al par. 122, in una norma dai contorni poco definiti, da intendersi come «*Continuous physical abuse or abuse which causes great pain is punishable by a pecuniary punishment or up to 5 years' imprisonment*». A seguito della riforma, il 1° gennaio 2015 sono entrate in vigore le modifiche dalla stessa apportate al Codice penale. Si è introdotto il par. 290 c.p., recuperandosi, così, la conformità al «*modello spagnolo*», configurando la nuova fattispecie quale reato proprio del pubblico ufficiale, consistente nel cagionare acute sofferenze fisiche o psichiche e ravvisando le finalità previste dalla CAT, di cui, nella versione precedente della norma, non si faceva nemmeno cenno¹²³⁵, aumentando, altresì, il massimo edittale ad anni sette di reclusione¹²³⁶.

Comune alla scelta di tutti questi Paesi è il fatto che il reato di tortura venga costruito come reato proprio, consistente nell'inflizione di acute sofferenze fisiche o psichiche e connotato dall'elemento teleologico del dolo specifico. E' possibile, tuttavia, ravvisare alcuni tratti distintivi nella disciplina del reato tra i vari ordinamenti. Si tratta in primo luogo del bene giuridico tutelato: talvolta viene dedicata alla tortura un'apposita sezione («*Chapitre V-1. - Des actes de*

¹²³⁵ Paragrafo 290 (*Torture*) del Codice penale estone: « (I) *Causing of great or consistent physical or mental pain by an official without legal grounds to a person with the intention of receiving statements from him or her or third persons, punishment, frightening, coercion or discrimination, as well as instigation by an official to such act or consent to such act is punishable by one to seven years' imprisonment. (II) The same act, if committed: 1) against two or more persons; or 2) against a person of less than eighteen years of age; or 3) by a group; is punishable by two to ten years' imprisonment. (III) An act provided for in subsection (I) or (2) of this section, if committed by a legal person, is punishable by a pecuniary punishment*».

¹²³⁶ Con riguardo all'aumento del trattamento sanzionatorio, l'Estonia ha tenuto in considerazione la raccomandazione di cui al punto 8 della relazione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) al fine di adeguare lo stesso alla gravità del reato, anche se resta, poi, discutibile se l'aumento del limite massimo della pena di soli due anni abbia realmente tenuto presente della gravità della fattispecie in esame. Comitato contro la tortura, *Concluding observations on the fifth periodic report of Estonia, adopted by the Committee at its fiftieth session (6-31 May 2013)*, disponibile sul sito http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/ES/T/CO/5&Lang=En. V., E. LUMISTE, *Prohibition of torture, inhuman or degrading treatment and punishment*, 2014-2015, par. 2, reperibile online, al sito <https://humanrights.ee/en/topics-main/inimoigused-eestis/inimoiguste-aruanne/human-rights-estonia-2014-2015/prohibition-of-torture-inhuman-or-degrading-treatment-and-punishment/>.

torture» con riguardo al Lussemburgo), talaltra è collocato tra i delitti contro l'esercizio di una pubblica funzione (Malta, Austria, Estonia, Portogallo), oppure tra i delitti contro l'integrità morale (Spagna), contro la lesione della dignità umana (Grecia), ovvero tra quelli posti a tutela delle libertà e dei diritti della persona umana (Croazia).

L'opzione legislativamente preferibile potrebbe essere quella di creare un titolo *ad hoc*, rubricandolo, ad esempio, «*Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*», per conferire maggior rilievo a tale crimine. Come in precedenza rilevato, tuttavia, può essere accolta con favore anche la collocazione sistematica della norma tra i delitti che proteggono la dignità e l'integrità morale. Invero, tale collocazione include una tutela anche nei confronti dell'altro bene protetto, ossia l'esercizio di una pubblica funzione, che viene garantita mediante la particolare qualifica del soggetto attivo¹²³⁷.

Infine, per quanto concerne il trattamento sanzionatorio dei reati riconducibili a tale modello, eccettuato il caso del Lussemburgo e dell'Irlanda che, in relazione alla fattispecie base prevedono pene più severe¹²³⁸, esso è decisamente mite¹²³⁹.

Il sistema francese rappresenta l'ipotesi più estrema del secondo modello, non fornendo alcuna definizione di tortura ed aumentando le perplessità con l'accostamento della vaga nozione di «*atti di barbarie*». Tra gli altri ordinamenti che, come quello francese, si possono ricondurre a tale modello è possibile annoverare l'Italia, a cui è stato dedicato il capitolo secondo del presente elaborato ed il Belgio. Con la legge n. 42 del 14 giugno del 2002, è

¹²³⁷ V., *infra*, Cap. 2, par. 5.

¹²³⁸ Come analizzato, in Lussemburgo, la fattispecie base è punita da cinque a dieci anni che possono aumentare nella forma aggravata, da dieci a quindici anni, che può trasformarsi in ergastolo se dai fatti di tortura ne scaturisce la morte del soggetto passivo; in Irlanda è prevista la reclusione a vita.

¹²³⁹ Si pensi al codice penale croato che prevede la reclusione da uno ad otto anni per il reato base, a quello portoghese che prevede l'applicazione del reato di tortura in via residuale, con una pena da uno a cinque anni, suscettibile di essere aumentata con l'applicazione delle aggravanti; all'ordinamento maltese che prevede all'art. 139 A la pena della reclusione da cinque a nove anni, al codice penale austriaco, da uno a dieci anni, con possibilità di aumenti da cinque a quindici anni se dal fatto derivi una lesione personale ovvero da dieci a venti anni di reclusione o l'ergastolo se ne derivi la morte, a quello estone con la reclusione da uno a sette anni di reclusione.

stata introdotta una apposita Sezione all'interno del codice penale belga («*De la torture, du traitement inhumain et du traitement dégradant*»). In particolare, l'art. 417-bis¹²⁴⁰ c.p. definisce la tortura come «*qualunque trattamento disumano deliberato che provoca un dolore acuto o delle assai gravi e crudeli sofferenze, fisiche o mentali*». L'elemento teleologico non si ravvisa in tale definizione, bensì in quella di trattamento disumano, da intendersi come qualunque trattamento per il quale delle gravi sofferenze mentali o fisiche siano intenzionalmente inflitte ad una persona, «*allo scopo di ottenere delle informazioni o delle confessioni, di punirle, di fare pressione su di esse o di intimidire la stessa persona o un terzo*». La norma, infine, disciplina il trattamento degradante come «*qualunque trattamento che causa a colui che vi è sottomesso, agli occhi propri o altrui, una umiliazione od un avvilitamento gravi*»¹²⁴¹. Il delitto di tortura, quindi, è un delitto comune in relazione al quale costituisce una mera circostanza aggravante la sua commissione per mano di un pubblico ufficiale (art. 417-ter c.p.)¹²⁴². L'ordine del superiore gerarchico, inoltre, non può giustificare la commissione di un atto di tortura o di un trattamento disumano. Le pene, inoltre, sono particolarmente elevate rispetto allo *standard* europeo, prevedendosi come cornice edittale quella dai 10 ai 15 anni di reclusione.

Il modello «*c.d. ibrido*» può, a sua volta, essere suddiviso in due *sub*-categorie. Nella prima si possono individuare quegli ordinamenti che ravvisino la tortura

¹²⁴⁰ Art. 417-bis del Codice penale belga: « (I) *Pour l'application de la présente section, l'on entend par: 1° torture: tout traitement inhumain délibéré qui provoque une douleur aiguë ou de très graves et cruelles souffrances, physiques ou mentales; (II) traitement inhumain: tout traitement par lequel de graves souffrances mentales ou physiques sont intentionnellement infligées à une personne, notamment dans le but d'obtenir d'elle des renseignements ou des aveux, de la punir, de faire pression sur elle ou d'intimider cette personne ou des tiers; (III) traitement dégradant: tout traitement qui cause à celui qui y est soumis, aux yeux d'autrui ou aux siens, une humiliation ou un avilissement graves [...]* ».

¹²⁴¹ La traduzione della norma è tratta da G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 9 e da E. SCAROINA, *op. cit.*, 200.

¹²⁴² Costituiscono circostanze aggravanti il commettere la tortura su persone che, in relazione alla loro età o al loro stato di salute, siano particolarmente vulnerabili. Costituiscono circostanze aggravanti della tortura e dei trattamenti inumani, altresì, il fatto di essere stati atti commessi da un pubblico ufficiale o il fatto che dagli stessi sia cagionata la morte o le lesioni. Per quanto riguarda la tortura, l'articolo di riferimento è il 417-ter. I due articoli successivi, ossia l'art. 417-quater e l'art. 417-quinquies sono riferiti, rispettivamente, ai trattamenti disumani ed ai trattamenti degradanti.

quale reato proprio, in assenza, però, del dolo specifico, come nel caso della Slovacchia¹²⁴³ viceversa, nella seconda, quelli che costruiscono il reato come comune con l'elencazione, però, delle specifiche finalità indicate dalla Convenzione ed è il caso della Slovenia¹²⁴⁴. Di difficile collocazione¹²⁴⁵,

¹²⁴³ Articolo 420 (*Torture and other inhuman or cruel treatment*) del codice penale slovacco: «(I) Any person who, in connection with the exercise of his powers of the public authority official, from his motion or with his explicit or implicit approval, causes another person physical or mental suffering by ill-treatment, torture or other inhuman and cruel treatment shall be liable to a term of imprisonment of two to six years. (II) The offender shall be liable to a term of imprisonment of three to ten years if he commits the offence referred to in paragraph (I) a) with at least two more persons, b) acting in a more serious manner, c) against a protected person, d) by reason of specific motivation, or e) against a person whose personal liberty was restricted in compliance with the law. (III) The offender shall be liable to a term of imprisonment of seven to twelve years if he commits the offence referred to in paragraph (I), a) and causes grievous bodily harm or death through its commission, b) with the intention to prevent or obstruct the exercise of fundamental rights and freedoms by another, or c) as a member of a dangerous grouping. (IV). The offender shall be liable to a term of imprisonment of twelve to twenty years if he commits the offence referred to in paragraph (I), a) and causes grievous bodily harm or death to several persons through its commission, or b) under a crisis situation».

¹²⁴⁴ Articolo 265 del Codice penale della Slovenia «(I) Whoever intentionally causes severe pain or suffering to another person, either physical or mental, in order to obtain information or a confession from him or a third person, punish him for an act committed by himself or a third person, or which is suspected as having been committed by him or a third person with a view of intimidating him or putting him under pressure, or to intimidate a third person or put such person under pressure or for whichever reason which is based on any form of violating equality, shall be sentenced to imprisonment for not less than one and not more than ten years. (II) If the pain and suffering referred to in the preceding paragraph is caused or committed by an official or any other person who possesses official status or on his initiative or upon his expressed consent or tacitly, he shall be sentenced to imprisonment for not less than three and not more than twelve years».

¹²⁴⁵ Difficilmente collocabile è, altresì, la section 149 (*Torture and other Cruel and Inhumane Treatment*) del Codice penale della Repubblica ceca, secondo cui « (I) Whoever causes bodily or mental suffering by means of torture or some other inhuman or cruel treatment to another person in connection to exercise of powers of a public authority, a local authority, a court, or another public authority, shall be sentenced to imprisonment for from six months to five years. (II) An offender shall be sentenced to imprisonment for two to eight years, if he/she a) commits an act referred to in Sub-section (I) as a public official, b) commits such act against a witness, an expert or an interpreter because of performance of their duty, c) commits such an act on another person for their true or presupposed race, belonging to an ethnical group, nationality, political beliefs, religion or because of his/her true or presupposed lack of religious faith. commits such act with at least two other persons, or 61 d) commits such an act repeatedly. (III) An offender shall be sentenced to imprisonment for five to twelve years, if he/she: a) commits the act referred to in Sub-section (I) against a pregnant woman, b) commits such an act against a child under fifteen years of age, c) commits such act in an especially cruel or agonising manner, or d) causes grievous bodily harm by such an act. (IV) An offender shall be sentenced to imprisonment for eight to eighteen years if he/she causes death by the act referred to in Sub-section (I) [...]». Si evince dalla norma la sussistenza di una particolare qualifica del soggetto agente già con riguardo alla commissione degli atti di tortura di cui al primo comma, risultando la commissione del reato *de quo* aggravato se commesso dal pubblico ufficiale. Sono assenti, inoltre, le specifiche finalità previste, invece, in sede convenzionale.

proprio per come strutturato, è il reato di tortura nell'ordinamento lettone, in assenza di una espressa definizione del termine. E' interessante notare come le prime disposizioni penali che fanno riferimento alla tematica riguardino la repressione *ex artt. 125 e 126 e 130 c.p. delle lesioni dolose «serius», «moderate» e «slight», «if they have been in the nature of torment or torture»*. Di seguito, all'art. 130.1, si può riscontrare una norma, di recente introduzione, rubricata «*tortura*», la quale non definisce affatto il termine, ma si limita a stabilire che *«for a person who commits torture, if such acts have not had the consequences provided for in Section 125, 126 or 130 of this Law, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to one year or temporary deprivation of liberty, or community service, or a fine»*¹²⁴⁶. Il fatto di avere inserito la norma tra i delitti «*Against Health of a Person*», farebbe propendere per la natura comune del reato.

Allo stesso tempo, il codice penale lettone contiene tre articoli che affrontano vari tipi di pressione illecita combinata con la tortura in una serie di situazioni, ad esempio nei confronti di testimoni, vittime e sospettati¹²⁴⁷. Esiste, inoltre, un altro reato rubricato «*Exceeding Official Authority*», caratterizzato per l'uso della tortura da parte di un pubblico ufficiale¹²⁴⁸. La punizione per i suddetti

¹²⁴⁶ La norma è stata approvata il 25 settembre 2014, ed è entrata in vigore il 29 ottobre 2014.

¹²⁴⁷ Articolo 272.1 (*Compelling of False Explanations, Opinions or Translations at a Parliamentary Investigation Commission*) del Codice penale lettone, commi 1 e 3: *«For a person who commits illegal influencing for the purpose of achieving that a person shall give a false explanation, opinion or translation or refuses to give an explanation, opinion or translation to a parliamentary investigation commission, if they are related to torture, the applicable punishment is deprivation of liberty for a period up to eight years»*. Articolo 294 (*Compelling of Testimony*) «(II) *For the compelling of testimony at an interrogation, if such is related to torture and if it has been committed by an official who performs pre-trial criminal proceedings, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to ten years»*. Articolo 301 (*Compelling the Giving of False Testimony, Explanations, Opinions and Translations*) «(III) *For a person who illegally influences, if such acts are related to torture, a witness, victim, person against whom the criminal proceedings have been commenced, detained, suspect, accused, applicant, expert or translator, for the purpose of compelling him or her to give false testimony or to certify on oath a false explanation to a court in an administrative matter, or a false opinion, or to provide a false translation, or to refrain from giving testimony or an opinion, or providing a translation, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to ten years»*.

¹²⁴⁸ Articolo 317 (*Exceeding Official Authority*) del Codice penale lettone combinato disposto dei commi 1-3: *«For a person who, being a public official, commits intentional acts which manifestly exceed the limits of rights and authority granted to the public official by law or according to his or her assigned duties, if substantial harm has been caused thereby to State*

crimini è più severa rispetto alla tortura «ordinaria» di cui all'art. 301.1, potendo arrivare fino a dieci anni di reclusione. La legge lettone offre una vasta gamma di opzioni al fine di garantire che nessun tipo di abuso analogo o simile alla tortura rimanga impunito, con sanzioni progressivamente più severe se il soggetto agente è un pubblico ufficiale piuttosto che un privato¹²⁴⁹. Viene meno il requisito del dolo specifico.

Infine, connotato da una particolare difficoltà classificatoria è il caso della Danimarca. Il Governo danese ritiene che l'articolo 4 della CAT non richieda agli Stati membri di adottare una specifica disposizione penale in materia di tortura, ma solo che tali fatti siano sanzionati, anche con altre disposizioni. È solo richiesto che tutti gli atti di tortura siano reati ai sensi del suo diritto penale. Essendo gli atti di tortura già puniti dalle disposizioni esistenti del diritto penale danese, il Governo non ha ritenuto necessario introdurre una fattispecie *ad hoc*, anche se esiste un riferimento esplicito al termine nella *Section 157 a* del codice penale danese, il quale stabilisce che l'uso della tortura deve essere considerato una circostanza aggravante «*When determining a sentence for violation of this Code*»¹²⁵⁰.

Infine, tra i Paesi riconducibili all'ultimo modello analizzato, ossia quello tedesco, è possibile annoverare Cipro, la Svezia, la Bulgaria¹²⁵¹, la Polonia¹²⁵²,

authority, administrative order or interests protected by law of a person, and if such acts are related to torture, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to ten years, with the deprivation of the right to take up a specific office for a period of up to five years».

¹²⁴⁹ Sul tema v., V. GEFTER, "Torture" in *Criminal Law: Legal Norms and Standards of Judicial Review*, in *Legal Dialogue* (web) - <https://legal-dialogue.org/torture-in-criminal-law>, 06 novembre 2017.

¹²⁵⁰ *Section 157 A* del Codice penale danese: «(I) *When determining a sentence for violation of this Code, it must be considered an aggravating circumstance if the offence was committed by torture. (II) An offence is considered committed by torture if it was committed by someone exercising a public function or office with a Danish, foreign or international organisation by causing injury to the body or health of another person or strong physical or mental pain or suffering on such person (i) to obtain information or a confession from someone; (ii) to punish, frighten or coerce someone to do, accept or fail to do something; or (iii) due to the person's political views, gender, race, colour, national or ethnic origin, religious faith or sexuality*».

¹²⁵¹ La Bulgaria, pur non prevedendo una fattispecie *ad hoc* di tortura, punisce nella *Section II Crimes Against Youth del Chapter IV* (*Crimes against marriage, the family and youth*) con la reclusione fino ad un anno, un persona che torturi «*a minor or underage person, who is under*

l'Ungheria e la Lituania¹²⁵³. Essi, infatti, non prevedono alcuno specifico reato di tortura nella legislazione penalistica. Il divieto di porre in essere tali atti lo si ricava espressamente dalle relative Carte costituzionali (si pensi all'art. 8 della Costituzione del 1960 di Cipro, secondo cui «*No person shall be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or treatment*», ed alla analoga disposizione di cui all'art. 29 della Costituzione Bulgara¹²⁵⁴, all'art. 5 della Costituzione svedese¹²⁵⁵, all'art. 40 della Carta costituzionale polacca¹²⁵⁶, all'art. 54 della Costituzione Ungherese¹²⁵⁷ ed all'art. 25 della Costituzione lituana¹²⁵⁸) oppure, implicitamente, dalla necessità di tutelare la dignità umana

his care or with whose education he has been entraste [...]» (art. 187), oltre che come crimine di guerra (art. 410 e ss).

¹²⁵² Il riferimento al termine tortura viene effettuato con riguardo alle *Offences against peace, and humanity, and war crimes*, negli artt. 118 a par. 2 e 123 del Codice penale polacco. Inoltre, l'articolo 246, pur non facendo espresso riferimento al termine tortura, sembra prevedere un reato proprio, teso ad incriminare tali atti: «*A public official or anyone acting under his orders for the purpose of obtaining specific testimony, explanations, information or a statement, uses force, unlawful threat, or otherwise torments another person either physically or psychologically shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for a term of between 1 and 10 years*». V., altresì, l'art. 247 del codice penale polacco: «*(I) Whoever torments either physically or psychologically a person deprived of liberty shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for a term of between 3 months to 5 years. (II). If the perpetrator acts with particular cruelty, he shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for term of between 1 and 10 years. (III). A public official who, despite his duties, allows the act specified in § I or II to be committed, shall be subject to the penalty specified in these provisions*».

¹²⁵³ Con riguardo alla Lituania, viene fatto riferimento alla tortura quale *Crimes against Humanity and war crimes*, nel Chapter XV, all'Articolo 103 del codice penale. Inoltre è curioso sottolineare come, tra i *Crimes and misdemeanours against morality*, sia ravvisabile, all'art. 310 c.p. il divieto di tortura su animali: «*(I) A person who treats an animal with cruelty or tortures him, where this results in the death or mutilation of the animal, shall be punished by community service or by a fine or by arrest or by a custodial sentence for a term of up to one year*».

¹²⁵⁴ Articolo 29 della Carta costituzionale bulgara del 1991: «*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment, or to forcible assimilation*».

¹²⁵⁵ Articolo 5 della Costituzione svedese del 1974: «*Every citizen shall be protected against corporal punishment. He shall likewise be protected against any torture or medical influence aimed at extorting or suppressing statements*».

¹²⁵⁶ Articolo 40 della Costituzione polacca del 1997 «*No one may be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. The application of corporal punishment shall be prohibited*».

¹²⁵⁷ Articolo 54 della Costituzione Ungherese del 1949: «*(I) In the Republic of Hungary everyone has the inherent right to life and to human dignity. No one shall be arbitrarily denied of these rights. (II) No one shall be subject to torture or to cruel, inhuman or humiliating treatment or punishment. Under no circumstances shall anyone be subjected to medical or scientific experiments without his prior consent*».

¹²⁵⁸ Articolo 25 della Costituzione Lituana del 1992 «*[...] It shall be prohibited to subject anyone to torture, injury, degrading and inhuman treatment or punishment*».

(come previsto sempre dall'art. 25 della Costituzione Lituana¹²⁵⁹), ovvero in virtù della ratifica degli strumenti internazionali che contengono tale divieto, conformemente alla procedura sancita dalla Costituzione (art. 5 della Costituzione Bulgara¹²⁶⁰).

7. Considerazioni conclusive

Dalla disamina delle normative vigenti in materia di tortura nell'ambito dei vari ordinamenti è possibile ravvisare una certa disomogeneità nella redazione della diverse fattispecie. Ciò rischia di contribuire ad «*allentare lo stigma nei confronti della tortura sul piano internazionale, invece di rafforzare la tutela contro tali pratiche*»¹²⁶¹. Come si è potuto constatare, uno degli aspetti problematici che consente di ricondurre le fattispecie presenti nei vari Paesi in un modello piuttosto che in un altro ruota attorno alla definizione di tortura. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, «*non si può disciplinare qualcosa se non si conosce che cosa si debba disciplinare*»¹²⁶². Si è osservato come nella legislazione penalistica di alcuni Stati non compaia una apposita norma *ad hoc* tesa a reprimere il fenomeno, mentre in altri viene fatto un generico richiamo al termine tortura, senza che ne sia specificata una definizione giuridica dello stesso, ovvero, se presente, si connota per una certa indeterminatezza oltre a non consentire di ravvisare una netta linea di demarcazione tra ciò che costituisce tortura e le altre condotte. Il rischio è, quindi, di restringere troppo la portata applicativa della normativa, tralasciando componenti essenziali del delitto, ovvero di allargare troppo le maglie della definizione rispetto ai dettami

¹²⁵⁹ *Ibidem*, «*The right to integrity of the person shall be inviolable. Human dignity shall be protected by law*».

¹²⁶⁰ Articolo 5 della Carta costituzionale bulgara: «*Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise*».

¹²⁶¹ A. CADOPPI, *Aspetti comparatistici e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 175-176.

¹²⁶² Sull'esigenza di definire i concetti giuridici per poterli comprendere, sono fondamentali le opere di M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, 1963, 371 e ID., *Traité élémentaire de droit administratif*, IX ed., Parigi, 1963, 669. Tale Autore ed opere sono richiamate da G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 17.

convenzionali, facendo rientrare nella stessa anche elementi estranei. Questa espansione definitoria, tuttavia, comporta il rischio di una banalizzazione del concetto di tortura, sia dal punto di vista della sua potenza evocativa, sia, soprattutto, dal punto di vista della sua prevenzione e repressione. Tra i più evidenti «*cattivi esempi*» si può annoverare la Francia, la quale prevede una norma dai contorni indefiniti, in cui si affianca, come se fossero una endiadi, i termini tortura ed atti di barbarie, senza definirli, rimettendo la qualificazione degli atti in questione all'opera della giurisprudenza¹²⁶³.

Tale indeterminatezza, talvolta, può essere il frutto della scarsa conoscenza della tecnica legislativa (come nel caso italiano), tal'altra può essere considerata come una sorta di *escamotage* posto in essere da qualche Stato per garantirne alcune forme di legittimazione. Come si avrà modo di approfondire nel seguente capitolo, sebbene le pratiche di tortura siano da considerarsi come un tabù, essendo vietate in maniera assoluta, nei fatti risultano molteplici, ancora oggi, le forme giustificative della limitazione della libertà morale e della lesione della dignità umana, soprattutto in casi estremi. Occorrerà, pertanto, soffermarsi sulla eterna questione se abbia senso o meno legittimare alcune limitatissime forme di tortura e di interrogarsi sulla circostanza se tali tentativi di ammissione della pratica, con riguardo ad ipotesi seppur eccezionalissime, siano assolutamente implausibili.

¹²⁶³ Si avrà modo di affrontare la disamina dei «*buoni esempi*» nel capitolo 5. Grazie all'analisi comparativa *de qua*, sarà possibile, in tale sede, trarre qualche spunto di riflessione volto ad individuare le caratteristiche che dovrebbe avere, da un punto di vista normativo, un «*buon reato di tortura*» e di rispondere al quesito «*è meglio una brutta legge che nessuna legge?*» sul quale recentemente la dottrina si sta interrogando.

CAPITOLO 4

LA LEGITTIMAZIONE DELLA TORTURA IN SITUAZIONI DI ASSOLUTA NECESSITÀ ED EMERGENZA

SOMMARIO: 1.«*May government ever use torture?*». - 2.Necessità, emergenza e dignità umana: i tentativi di legittimazione della tortura. La riapertura del dibattito in ambito politico-criminale. – 2.1Germania, Israele, Stati Uniti: esperienze a confronto. - 3.La tortura e le cause di giustificazione. - 3.1.Tortura ed adempimento di un dovere. - 3.2.Tortura e legittima difesa. - 3.3Tortura e stato di necessità. - 3.4.Tortura ed uso legittimo delle armi. - 4.Osservazioni conclusive.

1.«*May government ever use torture?*»

«*May government ever use torture?*» è l'espressione con cui si apre l'articolo del Professor *Winfried Brugger*, quesito al quale si cercherà di fornire una risposta¹²⁶⁴.

Secondo alcuni Autori, addirittura, di tortura non si dovrebbe nemmeno parlare, per non intromettersi in argomentazioni «*ritenute scottanti*» e per la paura di affrontare «*temi delicati e particolarmente scomodi*»¹²⁶⁵.

Appellandosi ad una riflessione morale¹²⁶⁶, sarebbe opportuno rispondere «*certamente no!*» alla domanda iniziale, avvertendosi l'esigenza, nel senso

¹²⁶⁴ W. BRUGGER, *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, IV ed., 2000, 661.

¹²⁶⁵ J. WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, 105, 6, 2005, 681-1750, in particolare 1683. L'A. sostiene sia «*disperante e vergognoso*» dover dedicare l'attenzione a tale tema. Nello stesso senso, S. F. KREIMER, *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror*, in *Journal of Constitutional Law*, 2003, 278 ss. *Contra*, A. CADOPPI, *Aspetti comparatistici e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 178 -179. L'A. evidenzia l'importanza del dibattere sulla questione anche con chi «*prende posizioni che ai nostri occhi risultano le più assurde e inconcepibili*», ciò in quanto «*solo il dibattito permette di massimizzare la tutela delle libertà civili e dei diritti fondamentali nelle circostanze in cui vi è la realistica probabilità che pratiche di tortura vengano comunque adottate*». Tra coloro che hanno bollato il dibattito sulla tortura come indicibile v., E. SCHELLER, *Das verdrängte Entsetzen – zur Aktualität einer 400 Jahre alten Streitschrift wider den Hexenwahn in der Folterdebatte*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 712.

comune, di ritenere illegittima la pratica della tortura utilizzata da parte dei Governi come mezzo di repressione dei suoi stessi cittadini.

Nonostante questa reazione iniziale, i dubbi cominciano a sorgere dinanzi a scenari più dettagliati e complicati con riferimento ai quali emergerebbe la necessità dell'intervento statale in nome della sicurezza collettiva.

Si pensi al contesto di una nazione flagellata dal terrorismo in cui si prospetti la cattura, da parte della polizia, di un terrorista che conosce il luogo in cui siano collocate una serie di bombe ad alto potenziale che esploderanno nella città nel giro di breve tempo. L'unico modo per ricavare informazioni sulla loro collocazione è torturare il prigioniero, il quale «*sa certamente – o con ogni probabilità*»¹²⁶⁷ – dove esse siano localizzate, pur essendo a conoscenza del fatto che la tortura costituisca un'azione abominevole, in qualunque contesto, ma che, tuttavia, risulti necessaria per salvare la vita di una molteplicità di persone¹²⁶⁸. La domanda che, a questo punto, sorge spontanea e che si aggiunge a quella precedentemente espressa è «*se voi foste un uomo politico, un leader di alta rettitudine, un funzionario di polizia, cosa fareste? lo torturereste?*»¹²⁶⁹. Alcuni risponderebbero ancora una volta che non si dovrebbe torturare il terrorista, tuttavia la precedente e chiara convinzione

¹²⁶⁶ «La morale non può esimersi dall'affrontare casi intricati ed unici. Di fronte all'impensabile, piuttosto che ritirarsi scandalizzati ed impotenti è bene riflettere e discutere anche in vista dell'individuazione di una soluzione adeguata». F. BELVISI, *Lo scandalo del tragico: il caso del "ticking bomb"*, in *Ragion pratica*, 2, 2007, 399-400. *Contra*, B. WILLIAMS, *Una critica all'utilitarismo*, in J. J. C. SMART, B. WILLIAMS, *Utilitarismo: un confronto*, Napoli, 1985, 104-168; N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, 20. Quest'ultimo Autore sostiene la tesi secondo «cui l'argomentare per valori diviene impraticabile proprio nei casi in cui esso viene richiesto: nelle tragic choices».

¹²⁶⁷ Il quesito, già proposto nel Capitolo 2, par. 1.1. del presente elaborato, sarà, in questa sede, approfondito. Si tratta, come già precisato, del caso del *Ticking bomb* scenario, prospettato da A. M. Dershowitz. Sul punto, v., A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo: capire la minaccia, rispondere alla sfida*, trad. C. CORRADI, Roma, 2003, 133.

¹²⁶⁸ Sul tema, v., A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Work: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, 2002, 142-149; ID., *Is It Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie About It?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, 198; ID., *Should the Ticking Bomb Terrorist be Tortured?: a Case Study in How Democracy Should Make Tragic Choices.*, in M. K. B. DARMER, M. R. BAIRD, S. E. ROSENBAUM (a cura di), *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, New York, 2004, 189 ss.

¹²⁶⁹ L'interrogativo è posto da F. BELVISI, *Lo scandalo del tragico*, cit., 399. Analogamente, A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 133.

secondo la quale la tortura non possa mai costituire un mezzo legittimo per ottenere informazioni, non risulta più così forte ed evidente¹²⁷⁰.

Nei paragrafi che seguiranno saranno analizzate le argomentazioni a livello teorico sia a sostegno che contro l'ammissibilità del ricorso alla c.d. «tortura di salvezza» in presenza di circostanze eccezionali, per poi interrogarsi sulla concreta rivalutazione di tali pratiche che da un paio di decenni hanno visto la propria legittimazione in Europa, negli Stati Uniti ed in Israele fino a giungere, con riferimento al bilanciamento di interessi contrastanti, ad effettuare una verifica in ordine alla possibilità di considerare la tortura scriminata da cause di giustificazione fondate sul conflitto tra beni. Si tratta delle scriminanti dell'adempimento di un dovere, della legittima difesa, dell'uso legittimo delle armi e dello stato di necessità. Il tutto con il precipuo fine rispondere, avvalendosi di argomentazioni giuridiche, ai quesiti posti in questo paragrafo introduttivo.

2. Necessità, emergenza e dignità umana: i tentativi di legittimazione della tortura. La riapertura del dibattito in ambito politico-criminale.

Il nucleo di partenza di questa analisi è la possibilità di giustificare una parziale e provvisoria sospensione dei diritti fondamentali della persona umana e, di conseguenza, arrivare ad utilizzare la tortura, di fronte al bisogno di sicurezza avvertito dalla collettività, atteso il peculiare stato di eccezione¹²⁷¹. Non più

¹²⁷⁰ W. BRUGGER, *May Government Ever Use Torture?*, cit., 662.

¹²⁷¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione: Homo sacer 2.1.*, Torino, 2003, *passim*. Sul tema v., altresì, *ex multis*, A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 22 ss; ID., *Prefazione a S. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*; R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, 170 ss; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, *passim*; A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2007, 1098 ss; E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse di una "democrazia europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 307 ss.; G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, 754; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, 2010, *passim*; E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti umani fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, in *St. quest. crim.*, 2006, 31-47; J. O. FROSINI, S. PENNICINO, *La*

stigmatizzata, la tortura è potuta diventare un tema di un vasto ed ampio dibattito, affrancandosi da quell'aura gotica che l'aveva resa nei secoli oscena e temibile potendosi, così, disquisire in merito al buon uso della stessa in casi eccezionali, mettendo in questione il veto di principio, l'interdizione assoluta.

Il dibattito, nella sua dimensione pubblica, filosofica e nella sua rilevanza politica, affonda le proprie radici a partire dalla guerra di Algeria, in cui già era stato prospettato lo scenario della bomba ad orologeria ed in relazione al quale il fondatore del Fronte Nazionale dei Combattenti, *Jan Marie Le Pen* aveva scritto sul giornale *Le Monde* del 27 maggio del 1957: «*se occorre torturare un uomo per salvarne cento, la tortura è inevitabile*»¹²⁷².

In America, a partire dal 1961, nel contesto storico della Guerra del Vietnam, il filosofo americano *Thomas Nagel*, interrogandosi sull'esistenza di un fondamento morale per le regole di guerra ed esaminando la condotta da tenere durante le azioni militari, individuava due contrapposte impostazioni, tentando di renderle due estremi di un unico dilemma morale: «l'assolutismo» e «l'utilitarismo»¹²⁷³.

lotta al terrorismo nella patria dell'habeas corpus, in M. CALVINO, M. G. LOSANO, C. TRIPODINA, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Torino, 2009, 66; C. GAZZETTA, *Terrorismo, emergenza e diritti fondamentali nella prospettiva comparata. Il caso Israele*, *Quaderni di Nomos*, Milano, 2013, *passim*; R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "Stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Dir. & Quest. pubb.*, 8, 2008, 197-211.

¹²⁷² V., D. DI CESARE, *Tortura*, Torino, 2016, 48; P. VIDAL NAQUET, *Lo Stato di tortura. La guerra d'Algeria e la crisi della democrazia francese*, Milano, 2012, *passim*.

¹²⁷³ T. NAGEL, *War and Massacre*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol I, n. 2, 1972, 123-144; ID., *Questioni mortali. Le risposte della filosofia ai problemi della vita*, Milano, 2001, 96. Si tratta di due etichette destinate ad affermarsi successivamente. Riprendendo le parole dell'Autore: «[Qualcuno] può credere, per esempio, che torturando un prigioniero possa ottenere informazioni necessarie a impedire un disastro o che cancellando un villaggio con le bombe sia possibile fermare un'azione terroristica. Se crede che i benefici di una certa decisione supereranno con chiarezza i costi, e ciò nonostante continua a ritenere che non dovrebbe adottarla, allora è coinvolto in un dilemma provocato da un conflitto tra due diverse categorie di ragione morale. [...] L'utilitarismo assegna un primato all'interesse per quello che accadrà. L'assolutismo assegna un primato all'interesse per quello che si fa». T. NAGEL, *op. ult. cit.*, 95.

Laddove l'assolutista ritenga che il bando della tortura sia un principio assoluto¹²⁷⁴ e che, quindi, debba valere sempre e senza eccezioni, l'utilitarista sacrifica se stesso e la sua etica «sull'altare del male minore»¹²⁷⁵.

A sostegno di quest'ultima teoria vi era *Michael Walzer*, il quale evocava l'immagine del «politico morale»¹²⁷⁶, del «torturatore nobile», ovvero di colui al quale, in nome del bene comune, fosse affidato l'onere di decidere quando, in via eccezionale, occorresse fare ricorso alla tortura¹²⁷⁷. Questa particolare figura di torturatore conosce bene le regole, è consapevole di infrangerle e di essere passibile di sanzione penale. Egli sacrifica la propria integrità morale, assumendosi il dovere di torturare in nome della salvezza della collettività. «Non vogliamo che sia chiunque». «Il torturatore nobile può essere unicamente chi ha percezione morale del male che commette. Solo così sarà salvaguardato il bene e verrà preservata la legge nella sua integrità»¹²⁷⁸. La tortura, secondo *Walzer*, costituirebbe una pratica illegale a cui ricorrere solo in contesti emergenziali. Solo in questo modo si potrebbe ricondurre a coerenza lo Stato di diritto che continuerebbe a condannarla¹²⁷⁹. Aderisce a tale impostazione, altresì, il politologo *Henry Shue*, il quale sostiene che «un atto di tortura deve continuare ad essere illegale, di modo che, chiunque lo ritenga in tutta sincerità l'unico male minore, ancora disponibile, venga obbligato a giustificare moralmente il suo atto per difendersi davanti alla legge»¹²⁸⁰.

Nel 1992 il celebre sociologo *Niklas Luhmann*, nella conferenza tenutasi presso l'Università di *Heidelberg*, si interrogava sulla questione se nella nostra società

¹²⁷⁴ D. LUBAN, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in K. J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, 36 e 51.

¹²⁷⁵ D. DI CESARE, *op. cit.*, 51-52. V., altresì, D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014, *passim*; M. IGNATIEFF, *Il male minore. L'etica politica nell'era del terrorismo globale*, trad. di G. B. ANDORNINO, Milano, 2006, 15.

¹²⁷⁶ M. WALZER, *Political Action: the problem of Dirty Hands*, in *Phil & Pub. Aff.*, II, 1973, 168 ss. «Il Politico morale è colui che, senza dimenticare il proprio senso di moralità, non esita a sporcarsi moralmente le mani. Qui abbiamo il politico morale: lo riconosciamo dalle sue mani sporche. Se fosse un uomo morale e nient'altro, le sue mani non sarebbero sporche; se fosse un politico e nient'altro, egli pretenderebbe che fossero pulite».

¹²⁷⁷ *Ivi*, 160 ss.

¹²⁷⁸ D. DI CESARE, *op. cit.*, 53-56.

¹²⁷⁹ M. TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture ou coment les démocraties justifient l'injustifiable*, Parigi, 2008, *passim*.

¹²⁸⁰ H. SHUE, *Torture*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A collection*, Oxford, 2004, 58.

vi fossero ancora delle norme irrinunciabili, ricorrendo all'esempio del *ticking bomb*¹²⁸¹. La finalità del sociologo era quella di dimostrare che nella nostra società complessa e differenziata, in cui tutto il diritto è diritto positivo e contingente, tali norme non esistono più perché sono venute a mancare le condizioni sociali che le hanno rese possibili. *Luhmann* profila una scenario in cui la tortura sia autorizzata da giudici internazionali ed eseguita con la loro

¹²⁸¹ N. LUHMANN (*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, Müller, 1993, 1-2. Il sociologo, con l'intento di incrinare il veto sulla tortura, aveva lanciato l'argomento della bomba a tempo, invitando gli astanti a rappresentarsi l'ipotesi in cui essi avessero rivestito una carica pubblicistica di particolare rilievo e che nella loro regione vi fossero molteplici attacchi terroristici, con attentati incendiari ed un numero crescente di morti. Pone agli ascoltatori una domanda, ossia se avessero catturato il capo della banda terroristica e avessero potuto praticare atti di tortura nei suoi confronti salvando, così, la vita di una molteplicità di persone, lo avrebbero fatto? Si tratta di una provocazione che *Luhmann* rivolge al suo pubblico e che lascia volutamente aperta, non fornendo una precisa risposta. Per una ricostruzione dell'episodio, v., F. SALIGER, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 38. Il caso del *ticking bomb* era già stato prospettato da M. WALZER, *Political Actions*, cit., 168 ss., nonché, ancor prima, da *Jeremy Bentham*, come cita il testo di un manoscritto recentemente ritrovato ed attribuito alla mano di quest'ultimo autore e pubblicato da W. L. TWINING, P. E. TWINING, *Bentham on torture*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, Belfast, 1973, 308 ss. Già in tale manoscritto *Bentham* scriveva: «supponiamo che si dia una situazione in cui venga a formarsi un sospetto, abbastanza forte da essere considerato un motivo sufficiente per l'arresto e il mandato di incarcerazione o per la sussistenza di un grave delitto – il sospetto cioè che in questo preciso momento esiste un numero notevole di individui che stiano realmente soffrendo, a causa dell'inflizione illegale di violenza eguale per intensità a quelle che, se impartite per mano della giustizia, verrebbero universalmente definite con il nome di tortura. Allo scopo di salvare da tali torture queste centinaia di innocenti, ci si dovrebbe far scrupolo di applicare una tortura eguale o superiore per strappare le informazioni necessarie dalla bocca di un criminale, il quale, avendo le facoltà di rendere noto il luogo in cui in questo momento quelle abnormità vengono o stanno per essere praticate, si rifiutasse di rivelarlo? Anche prescindendo dalla saggezza del suo agire, potrebbe fingere a tal punto da encomiare l'umanità più cieca e volgare un uomo che, per salvare un criminale, decidesse di abbandonare cento persone innocenti allo stesso destino?». Il caso ipotetico ricostruito da *Bentham* è riportato, altresì, da A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 136. Dal testo sopra esposto si evince una sorta di propensione nell'utilizzo della tortura, soprattutto se collocassimo il pensiero di *Bentham* in un contesto come quello attuale, caratterizzato da una spiccata tendenza terroristica. Bisogna tenere presente, però che, al di là di tale scritto, peraltro mai pubblicato direttamente dal suo Autore, il pensiero di *Bentham*, è principalmente rivolto ad escludere l'ammissibilità di tale pratica. V., B. V. ZAMBELLI, *Teoria delle prove giudiziarie*, Bruxelles, 1842, 367 ss (si tratta della versione italiana del manoscritto: «*A Treatise on Judicial Evidence*»). Non a caso, in quest'ultima opera viene precisato che la tortura era «un flagello che ha cessato di imperversare, e che non può durare lungo tempo presso popoli civilizzati dei quali essa disonora ancora i tribunali», in quanto essa non serve «che a ottenere una cosa inutile in una procedura pubblica e ben condotta» e va inoltre esclusa anche innanzi a «prove deperibili e straordinariamente pericolanti» poiché con essa «si eccita l'orgoglio, e si dà causa a un trionfo in una rivolta contro la legge». Si soffermano su tale aspetto, E. SCAROINA, *op. cit.*, 316; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 39.

supervisione mediante delle camere televisive che riprendano tutto il «*procedimento*», in modo tale che i giudici stessi abbiano anche la capacità di dirigere (nel senso di aumentare diminuire o fermare) l'infusione delle appropriate sofferenze¹²⁸².

Del *ticking bomb* scenario si è servito anche Winfried Brugger per difendere la legalizzazione della *Rettungsfolter* (tortura di salvezza)¹²⁸³. Al quesito iniziale egli risponde che esiste non solo un potere, ma anche un vero e proprio dovere¹²⁸⁴ della polizia di torturare un determinato soggetto al fine di proteggere la vita e l'integrità fisica della popolazione. In un tale contesto si presenterebbe una situazione nella quale la dignità del terrorista, che impedirebbe di sottoporlo a tortura, entrerebbe in conflitto con la dignità delle vittime, potendo quest'ultima essere riscattata mediante l'impiego della coazione¹²⁸⁵, ergo della tortura, per ottenere le informazioni necessarie, con effetto salvifico per un ingente numero di persone. La tortura diventerebbe la modalità volta a ristabilire la bilancia della giustizia tra la vittima e l'aggressore «*spalancando l'occhio finora bendato della giustizia alle sofferenze della vittima (che non è più qui in primo luogo ed eminentemente il torturato)*»¹²⁸⁶. Brugger, tuttavia, non consente un utilizzo eccessivamente

¹²⁸² N. LUHMANN, *op. cit.*, 27.

¹²⁸³ W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *Juristen Zeitung*, 2000, 165 ss; ID., *Würde gegen Würde*, in *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, 1995, 414 ss.; ID., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Juristen-Zeitung*, vol. 55, 200, 165-173; ID., *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, ora in P. NITSCHKE (a cura di), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Verortung*, Bochum, 2005, *passim*.

¹²⁸⁴ In tal senso cfr., R. TRAPP, *Wirklich «Folter» oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettung-sbefragung?*, in W. LENZEN (a cura di), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn, 2006, 95-134, 199. Secondo l'A. «*le circostanze legittimanti la tortura non sarebbero solo eticamente permesse, ma anche dovute*». Egli distingue, invero, tra una «*tortura genuina*» che ha come oggetto e fine la degradazione e la sofferenza di un essere umano e la «*tortura tra virgolette*», la quale è una condotta che ha come fine la salvezza di vite umane. Sulla doverosità morale di torturare, v., H. J. CURZER, *Admirable Immorality, Dirty Hands, Ticking Bombs, and Torturing Innocents*, in *Southern Journal of Philosophy*, 44, I, 2006, 31-56.

¹²⁸⁵ W. BRUGGER, *Vom unbedingten*, cit., 173.

¹²⁸⁶ V., M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare le tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 120. Dignità si pesa contro dignità, così come la vita si pesa contro vita nel caso dell'omicidio compiuto per legittima difesa o stato di necessità. La dignità della persona che è stata aggredita, rapita, minacciata dal reo, che si chiede di torturare per salvare il cittadino caduto nelle sue mani, deve vincere sulla dignità del soggetto

ampio della tortura, proponendo di concedere la possibilità di applicazione delle misure violente di interrogatorio solo al ricorrere di determinate condizioni. In particolare, la relativizzazione del divieto di tortura viene ritenuta da *Brugger* compatibile con lo Stato di diritto nel caso in cui si tratti di un chiaro, immediato e grave pericolo per la vita e (eventualmente) per l'integrità fisica di una persona innocente¹²⁸⁷; il pericolo in questione sia provocato da un aggressore identificato, il quale risulti l'unica persona in grado di disattivare o evitare il pericolo ricollocando la propria condotta entro i limiti delle disposizioni di diritto e vi sia un obbligo giuridico per l'aggressore ad agire in tal senso, mentre l'applicazione della violenza fisica sia l'unico mezzo per ottenere un'informazione tale da offrire qualche prospettiva di successo alla disattivazione del pericolo¹²⁸⁸.

E' a partire dagli eventi dell'11 settembre 2001 che il dibattito sulla giustificazione nell'utilizzo della tortura nell'ambito degli interrogatori dei sospetti terroristi è divenuto sempre più intenso¹²⁸⁹. Persino costituzionalisti

agente. «Lo scarto assiologico deve poter essere colmato, a meno di non voler rimettere in discussione la sensatezza e la ragionevolezza stessa del patto sociale rispetto al quale lo stato deve mostrarsi in grado di proteggere la sicurezza dei suoi membri. Per difendere la dignità umana di tanti occorre sacrificare quella di pochi». V., M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo* Roma, 2016, 59. «Würde gegen Würde» diviene il manifesto della sua prospettiva di analisi. Sul punto v., W. BRUGGER, *Würde gegen Würde*, *Verwaltungsblätter* Baden – Württemberg, 1995, 414 ss. A confermare la prospettiva di *Brugger* proprio con riguardo alla ponderabilità della dignità umana sarà, poi, D. BIRNBACHER, *Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar?*, in *Biomedizin und Menschenwürde*, a cura di M. KETTNER, Frankfurt a.M., 2004, 249-271.

¹²⁸⁷ In senso analogo U. STEINHOFF, *Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist*, in *Ist Folter erlaubt? Juristische und politische Aspekte*, 2006, 180-181, 184. L'A. dapprima giustifica la tortura nel contesto di un pericolo imminente per una grande quantità di vite umane, anche in presenza di un mero sospetto in relazione al più volte richiamato caso della bomba ad orologeria. Aggiunge, poi, che è lecito torturare anche nel caso in cui sia in gioco la vita di una singola persona e si spinge ancora oltre ritenendo ammissibile non solo torturare il terrorista che può evitare un danno ingiusto, bensì anche colui che non possa essere dissociato da questi, in quanto, ad esempio, parte della medesima organizzazione o addirittura un suo parente o amico, trasformando la tortura in una «misura di prevenzione generale della commissione dei reati contro la vita e l'integrità delle persone fisiche». M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 136.

¹²⁸⁸ W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit*, cit., 60; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. ult. cit.*, 124.

¹²⁸⁹ Cfr., *ex multis*, B. BRECHER, *Torture and the ticking bomb*, cit., *passim*; P. GAETA, *May Necessity Be Available as a Defense for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol II, 2004, 785-794; J. T. PARRY, W. S. WHITE,

americani di fama internazionale come *Alan Dershowitz* non hanno esitato a sostenere pubblicamente l'utilità della pratica. Egli rigetta l'assolutismo della proibizione, suggerendo di implementare un meccanismo di *torture warrants*¹²⁹⁰, facendo dipendere, quindi, tali pratiche da una preventiva regolamentazione e da una apposita autorizzazione giudiziale¹²⁹¹. *Dershowitz*, infatti, partendo dal presupposto che in tutti gli Stati democratici venga praticata la tortura (spesso «dietro le quinte» e nei luoghi più reconditi della democrazia, pur con la involontaria complicità dei cittadini), facendo leva sul principio della *accountability*¹²⁹², ritiene che la soluzione ottimale sia quella di legalizzarla attraverso una normativa *ad hoc*, al fine di evitare i continui abusi di tale prassi¹²⁹³ prevedendo, così, un vero e proprio «mandato di tortura»¹²⁹⁴. Stando così le cose, si può addirittura arrivare a sostenere che *Dershowitz* sia

Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?, University of Pittsburgh Law Review, 2002, 743-766; P. B. HEYMAN, *Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol.25, n. 2, 2002, 453 ss.

¹²⁹⁰ V., A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 57; ID., *The Torture Warrant*, cit., 257 ss.

¹²⁹¹ Per alcune critiche alla teoria di *Dershowitz*, si veda., O. GROSS, *Are Torture Warrants Warranted?*, in *Minnesota Law Review*, 88, 6, 2004, 1534-1553; R. A. POSNER, *Torture, Terrorism, and Interrogation*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A Collection*, Oxford, 295-298; ID., *Not a Suicide Pact*, Oxford, 2006, 35-38; B. A. ACKERMAN, *Before the Next Attack*, New Haven, 2006, 108-109.

¹²⁹² In virtù del principio di *accountability*: «una democrazia, per essere tale, deve esigere che le azioni dello Stato si svolgano nel quadro delineato dalla legge e sotto gli occhi del controllo pubblico». D. DI CESARE, *op. cit.*, 59. Le decisioni di torturare, quindi, non possono essere prese da un poliziotto o da agenti della CIA, bensì da un Giudice o da una Autorità, dovendo trovare il loro fondamento in una autorizzazione scritta, occorrendo una regolamentazione interna al diritto, attraverso la stesura di leggi redatte *ad hoc*. Nello stesso senso v., F. ALLHOFF, «A Defense of Torture», in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2005, 243-264. Altro principio su cui si basa la teoria di *Dershowitz*, è quello della *exception*, ossia della eccezione rappresentata dalla casistica della bomba ad orologeria, dovendosi optare per la tortura quando questa rappresenti un male minore. La legittimazione utilitaristica della tortura in ambito giuridico fonda la sua argomentazione sul consequenzialismo morale: «dato che il male perpetrato dalla tortura di un singolo individuo porta con sé un bene molto maggiore – la salvezza di numerose vite innocenti – questo porterebbe, nella logica del calcolo tra costi e benefici, ad una sua accettabilità morale. Questa accettabilità, inoltre, in nome della responsabilità, della trasparenza e dei “principi della legge” – caratteristiche fondanti della democrazia – è la premessa della legittimazione giuridica della tortura». A. CHIESSI, G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 318.

¹²⁹³ A. DERSOWITZ, *Terrorismo*, cit., 127. A tal proposito, l'Autore fa riferimento a pratiche di tortura che non siano letali, quali, ad esempio, «l'inserzione di un ago sterilizzato sotto le unghie delle mani per procurare un dolore insopportabile, senza però causare minacce alla salute o alla vita del soggetto».

¹²⁹⁴ *Ivi*, 134.

un «avversario della tortura», il quale tenti unicamente di moderarne l'utilizzo¹²⁹⁵. Ecco, allora, che la tortura, da male necessario, si tramuta in bene¹²⁹⁶.

Riassumendo e riconducendo a categorie concettuali il pensiero e l'ideologia degli Autori sopra citati è possibile ravvisare due impostazioni principali:

a) la teoria «assolutista» di chi asserisce, senza ammettere eccezioni, l'assoluta illegittimità giuridica (e morale) della tortura¹²⁹⁷, facendo leva sul principio della inviolabilità della dignità umana¹²⁹⁸; b) la corrente «utilitaristica», secondo la quale l'utilizzo della tortura, in certi casi, è da considerarsi giusto, quindi moralmente lecito, se si rivela utile. Tale teoria, nel corso del dibattito degli ultimi decenni si è caratterizzata per due sfumature principali. La prima, più radicale, che vede il massimo esponente in *Dershowitz* che sostiene l'opportunità di legalizzare la tortura in casi eccezionali, sottoponendo la sua inflizione ad una preventiva autorizzazione giudiziale, la quale «garantirebbe la legittimità della richiesta, fungendo ad istanza di controllo»¹²⁹⁹, prevedendosi, così, un vero e proprio «mandato di tortura». La seconda, più moderata, che ammette la tortura dal punto di vista morale come il minore dei mali di fronte «ad uno possibilmente incommensurabile»¹³⁰⁰, posizione che, però, non considera plausibile né auspicabile una legittimazione giuridica della pratica stessa¹³⁰¹.

¹²⁹⁵ D. DI CESARE, *op. cit.*, 61.

¹²⁹⁶ E' possibile, a tal riguardo, tracciare la differenza con il pensiero di *Walzer*. Secondo quest'ultimo «essere costretti a penetrare, per così, dire nel male non significa perderne la coscienza, né tantomeno, tingerlo di bene». *Dershowitz*, invece, ravvisando un contesto emergenziale, considera la tortura l'unica azione possibile, trasformandola in un'azione buona. D. DI CESARE, *op. cit.*, 61.

¹²⁹⁷ C.W. TINDALE, *Tragic Choices: Reaffirming Absolutes in the Torture Debate*, in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2, 2005, 209-222.

¹²⁹⁸ Cfr., *supra*, Capitolo 2, par. 1.1

¹²⁹⁹ F. BELVISI, *Lo scandalo del tragico*, cit., 40; A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 134. Si veda, altresì, ID., *Tortured Reasoning*, in S. LEVINSON (a cura di.), *op. cit.*, 257-280.

¹³⁰⁰ L'espressione è tratta da A. CHIESSI, G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura*, cit., 318.

¹³⁰¹ T. NAGEL, *War and Massacre*, cit., 123-144; M. WALZER, *Political Action*, cit., 168. V., altresì, *ex multis*, S. MILLER, «Is Torture Ever Morally Justifiable?», in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2005, 179-192; O. GROSS, *Are Torture Warrants*, cit., 1490-1497, e 1500-1511; ID., *The Prohibition on Torture and the Limits of the Law*, in S. LEVINSON (a cura di.), *op. cit.*, 229-253 e 231-232; R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a time of National Emergency*, Oxford, 2006, 12, 38, 77-87 e 152-158. V., altresì, M. IGNATIEFF, *Il*

Sebbene le tematiche sopra affrontate siano rimaste inizialmente confinate nell'ambito delle esercitazioni accademiche, assumendo le vesti di mere provocazioni¹³⁰² aventi la finalità di dimostrare che si possano ipotizzare casi attraverso i quali si mette in crisi la validità dei principi indiscussi ed indubitati, non si può non intravedere, a parere di chi scrive, un riscontro delle stesse nella realtà in relazione ad una serie di vicende concrete che scardinano lo scenario del *ticking bomb* da una dimensione puramente teorica.

Non si contano, infatti, gli ordigni che sono stati fatti esplodere in luoghi pubblici, massacrando una molteplicità di innocenti. Circoscrivendo l'analisi e limitando il campo di indagine al continente europeo si pensi, a titolo

male minore. L'etica politica nell'era del terrorismo globale, Milano, 2006, 32- 46. L'A. tenta un discorso intermedio tra la tutela ad oltranza dei diritti e il pragmatismo disposto ad applicare misure violente pur di avere successo. Facendo leva sulla teoria del male minore, *Ignatieff* ammetterebbe interrogatori intensivi e continui – anche se non violenti – per ottenere informazioni cruciali. Per difendere la democrazia sarebbero necessari atti di violenza giustificata, cioè mali minori. Per l'A. non vi sono alternative: o si accetta di combattere il male con un altro male o si è destinati a soccombere. Sebbene l'A. chiami in causa *Arendt* secondo cui evitare il male significa pensare con la propria testa, è con la riflessione di questa autrice che si può giungere a confutare la stessa teoria del male minore. Riflessione che può essere riassunta con la seguente argomentazione: «*coloro che scelgono il male minore dimenticano troppo in fretta che stanno comunque scegliendo il male*». H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. KHON, Torino, 2010, 30. Più in generale, sulla natura meramente astratta della prospettazione utilitaristica, si veda lo studio di D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grosso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014, *passim*.

¹³⁰² V., W. MCCOY, *Una questione di tortura. I metodi di interrogatorio della CIA, dalla guerra fredda alla guerra al terrore*, Roma, 2008, 277-278. Secondo l'A. «*la combinazione precisa di terrorista, bomba, e di informazioni perfette ricevute in anticipo, con ogni probabilità, non si verificherà mai in questo preciso ordine [...]. Essa prende in considerazione un insieme improbabile, se non impossibile, di variabili*». Nello stesso senso, A. CHIESSI, G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura*, cit., 320: «*L'argomento della "bomba ad orologeria" dovrebbe rimanere tale, ossia un caso limite, un argomento ipotetico: può essere un "esercizio mentale", a cui però difficilmente ci si può riferire per ottenere parametri valutativi morali e poi politici; di fatto non dovrebbe essere concepito come una realtà che ha la possibilità di realizzarsi. Il terrorismo si nutre e cresce attraverso l'imponderabile e l'imprevisto, la democrazia deve tutelare il ponderabile ed il previsto, nel tentativo di prevedere lo stesso imponderabile e lo stesso impreveduto*». D. DI CESARE, *op. cit.*, 75: «*nelle sue innumerevoli versioni lo scenario del ticking bomb appare un prodotto della fantasia. I "fatti" riportati, se considerati con attenzione, non sono neppure plausibili. L'intera situazione è costruita su presupposti inverosimili e assurdi*». Tra questi presupposti inverosimili e varianti improbabili gli Autori sopra menzionati annoverano: la conoscenza dell'imminente attacco terroristico; la cattura di quel terrorista che abbia collocato la bomba ad orologeria e che tale cattura abbia luogo nel momento esatto tra l'avvio del piano e lo scoppio dell'ordigno; che il terrorista davvero possieda le informazioni necessarie e che chi interroga disponga di una conoscenza sufficientemente dettagliata del piano per sapere che si deve interrogare proprio quella persona in quel preciso momento; che non ci sia altro mezzo efficace per farlo parlare diverso dalla tortura; che non si ravvisino altre possibilità di salvare vite umane.

esemplificativo, all'attentato del 2004 a Madrid in cui una serie di bombe posizionate sui binari e sui treni regionali della capitale spagnola nelle stazioni metro di Atocha, El Pozo e Santa Eugenia uccisero circa 192 persone; all'attentato del 22 marzo 2016 di Bruxelles in cui esplosero due bombe all'aeroporto di Zaventem e una alla stazione della metropolitana di Maelbeek, nel cuore del quartiere europeo, a seguito del quale venne arrestata la mente del gruppo, *Mohamed Abrini*, uno dei presunti coordinatori operativi degli attacchi di Parigi del 2015 e di Bruxelles del 2014 o, ancora, all'attentato rivendicato dall'ISIS il 17-18 agosto 2017 di Barcellona e Cambrils, in cui morirono circa sedici persone e centoventi rimasero ferite. Il programma iniziale, in realtà, sarebbe stato quello di far esplodere sulla Rambla tre furgoni carichi con un centinaio di bombole di butano e di propano, oltre a preparare un attacco di più grandi dimensioni, volto a far esplodere la *Sagrada Família*, uno tra i monumenti più iconici di Barcellona. Questo programma non giunse mai ad una completa definizione dato che, il giorno prima dell'attentato, si verificò una violenta esplosione, scambiata dalle forze di polizia per una fuga di gas, nel covo dei *jihaḍisti*. Il primo piano venne abbandonato in favore di quello effettivamente realizzatosi, dove un camioncino investì la folla che si trovava sulle Ramblas, nel cuore della capitale catalana, mentre la sera, verso mezzanotte, un veicolo si schiantò contro i pedoni sul lungo mare di Cambrils. Anche il secondo piano venne meno in quanto la cellula della strage venne smantellata, dato che furono uccisi i terroristi di Cambrils e l'autore della strage di Barcellona, mentre la mente del gruppo ed altri membri morirono durante l'esplosione nel covo ed i restanti membri del gruppo terroristico vennero arrestati.

Ecco che, in tutta questa panoramica di casi in cui l'obiettivo dei terroristi è (o sarebbe stato) quello di far scoppiare ordigni e cagionare la morte di molteplicità di persone innocenti, l'ipotesi prospettata da *Dershowitz* non risulta, poi, così del tutto avulsa dal contesto reale. Si supponga, invero, che prima delle esplosioni la polizia inglese, spagnola e belga avesse arrestato i terroristi, estorcendo loro informazioni riguardanti il piano criminoso ed

eventuali complici. «Sarebbe stato legittimo in questo contesto fare ricorso alla tortura? Si sarebbe potuta sacrificare l'integrità morale e fisica del terrorista sopravvissuto all'esplosione in vista della prospettiva di sventare l'imminente attacco e salvare le vite di tanti innocenti?»¹³⁰³.

Ad avviso di chi scrive, la teoria da condividere tra quelle sopra menzionate è quella assolutista. In questo delicato momento storico governato dall'insicurezza e dalla paura a causa dei dilaganti fenomeni terroristici, riaffiorano diversi temi quale quello della sicurezza, dello stato di emergenza¹³⁰⁴, del diritto penale del nemico¹³⁰⁵. Sono proprio questi i temi che rischiano di far perdere di vista l'importanza dei diritti fondamentali della persona umana, i quali vengono sacrificati di fronte al bisogno della sicurezza^{1306 1307} e di forme di ricerca della prova sempre più pervasive. La

¹³⁰³ Tali interrogativi sono posti da E. SCAROINA, *op. cit.*, 319-320.

¹³⁰⁴ G. AGAMBEN, *op. cit.*, 113; per un tentativo di normare l'emergenza, B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 5, 1029-1091, traduzione italiana a cura di A. FERRARA, E. FERRARA, *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005.

¹³⁰⁵ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 484. Limitandosi alla citazione dei lavori pubblicati in lingua italiana, Cfr., G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 109 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 3 ss. Cfr., altresì, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 13 ss; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 19-73; ID., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico»: un'abdicazione della ragione*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 161; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di «diritto penale del nemico»?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 ss; A. PAGLIARO, *«Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali, in Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione Giustizia*, 2006, n. 4, 666 ss; F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 140.

¹³⁰⁶ In tale contesto, la sicurezza sembrerebbe non rappresentare più un obiettivo da raggiungere, ma divenire un nuovo bene giuridico da tutelare. Sul punto, cfr., A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Critica dir.*, 2009, 43 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 10, 3559.

¹³⁰⁷ Come rilevato da alcuni autori, le libertà dei cittadini vengono compresse per esigenze di sicurezza ed i diritti del terrorista possono essere violati, qualora necessario per proteggere la

sicurezza, dunque, subisce un mutamento di senso: da *humus* per la garanzia dei diritti (sicurezza dei diritti) a elemento del bilanciamento con i diritti (diritto alla sicurezza *versus* diritti)¹³⁰⁸. E' in un siffatto contesto che la collettività tende ad identificarsi con colui che tortura per un giusto fine, «*preferendo mettersi dalla sua parte*», secondo il c.d. «*paradigma di identificazione*»¹³⁰⁹, invocando la tutela del diritto penale e la sua impunità.

Questa visione rappresenta, a parere di chi scrive, un cedimento dello Stato di diritto costituzionale. «*Il diritto a non essere torturati*» è citato da Bobbio come esempio dei «*diritti privilegiati, perché non vengono posti in concorrenza con altri diritti*» e non vengono limitati per il verificarsi di casi eccezionali^{1310 1311}.

A tutti gli interrogativi posti inizialmente hanno provato a fornire una risposta alcune istituzioni a ciò deputate ed, in particolare, le diverse Corti che si sono occupate della questione, le cui pronunce verranno analizzate nel seguente paragrafo.

2.1. Germania, Israele, Stati Uniti: esperienze a confronto

In presenza di attacchi terroristici o di loro pericolo imminente è certo che gli Stati coinvolti si attiveranno per adottare misure restrittive delle libertà fondamentali, al fine del mantenimento della sicurezza collettiva al loro

sicurezza e la pubblica incolumità. Cfr., in tal senso, R. BARTOLI, «*Chiaro e oscuro*» dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: emergenze anticipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, 137 ss.

¹³⁰⁸In tal senso, A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti* (*The Return of Torture and the Fragility of Rights*). Relazione al Convegno «*Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*», Vercelli-Torino, 20-21 novembre 2014, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2015, 195. Per alcune riflessioni sul concetto di sicurezza, nella prospettiva costituzionale, M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, relazione presentata al Convegno «*I diversi volti della sicurezza*», Università degli Studi di Milano – Bicocca, 4 giugno 2009, consultabile in <http://www.archivio.rivistaaic.it>.

¹³⁰⁹C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 873 ss.

¹³¹⁰N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 11; R. DWORKIN, *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*, 2006, trad. it. *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, 52. Quest'ultimo Autore ricorda il diritto di non essere torturati come «*il diritto umano più basilare, il primo di qualsiasi lista*».

¹³¹¹La superiorità morale dell'ordinamento di fronte al criminale si fonda proprio sul fatto che «*lo Stato non si serve dei suoi stessi metodi*». C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, München, IV ed., 2006, 466.

interno; ma sarà opportuno domandarsi sino a che punto tali misure possano trovare giustificazione nel difficile bilanciamento tra democrazia (intesa nel senso di garanzia delle libertà fondamentali) e stato di emergenza (inteso qui nel senso di momento di pericolo eccezionale che dovrà essere affrontato in tempi rapidissimi, anche in deroga ai principi dello stato di diritto costituzionalmente garantiti)¹³¹².

Pare opportuno un breve riferimento alle esperienze di alcuni ordinamenti, europei e non, al fine di dimostrare, mediante le pronunce dei rispettivi Tribunali, la prevalenza che viene accordata alla tutela dei diritti umani, a scapito della tutela della sicurezza collettiva.

In Germania, nel 2003, un caso deciso dal Tribunale di Francoforte sul Meno ha acceso un forte dibattito nell'opinione pubblica. La vicenda riguardava il rapimento, avvenuto il 27 settembre 2002 e successivamente l'uccisione da parte di uno studente di giurisprudenza, *Magnus Gäfgen*, del figlio undicenne di un anziano banchiere, *Jakob Von Metzler*. Dopo aver ucciso il bambino ed occultato il suo corpo in prossimità delle sponde di un lago, vicino a Francoforte, *Gäfgen* inoltrava una lettera di riscatto alla famiglia del giovane, nella quale chiedeva un milione di euro in cambio del suo rilascio. Successivamente veniva arrestato, dopo essere stato colto nell'atto di recupero della somma a titolo di riscatto. Durante l'interrogatorio il sospettato aveva fornito risposte evasive e fuorvianti con riguardo al proprio coinvolgimento nel rapimento, dichiarando che il bambino fosse ancora vivo ed in pericolo di vita, in quanto ostaggio di un complice ed esposto alla rigida temperatura esterna. Il vicepresidente della polizia *Wolfgang Daschner*, responsabile delle indagini, unitamente ad altri agenti, minacciavano *Gäfgen* di tortura, in particolare di essere collocato in una cella con robusti individui che avrebbero abusato di lui, qualora non avesse rivelato il nascondiglio in cui si trovasse il giovane. Spaventato dalle minacce ricevute, *Gäfgen* confessò l'omicidio, rivelando, altresì, il luogo in cui aveva occultato il cadavere.

¹³¹² C. GAZZETTA, *L'emergenza terroristica. Appunti di geometrie costituzionali*, in Arch. pen., fasc. 3, 2014, 1 ss.

Nei processi contro *Gäfgen* e *Daschner* due furono le questioni rilevanti gravitanti attorno al tema della tortura.

In primo luogo occorre stabilire se la dichiarazione resa da *Gäfgen* sotto la minaccia dell'utilizzo della forza fosse stata legittimamente introdotta nel processo che lo vedeva imputato. Con riguardo a quest'ultimo, oltre ad essere condannato alla pena dell'ergastolo, era stata disposta l'inutilizzabilità della confessione dallo stesso resa ai sensi del § 136 StPO¹³¹³.

La seconda questione sollevata nel caso *Daschner* riguardava la legittimità della tortura di salvezza posta in essere da un pubblico funzionario durante gli interrogatori di polizia, al fine di prevenire la morte di una o più persone innocenti. Premesso che il vice capo della polizia era stato condannato in relazione alla condotta istigatoria (*Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat*) posta in essere ai sensi del § 357 StGB ed i subalterni, che avevano eseguito l'ordine, erano stati incriminati ai sensi del § 240 StGB (*Nötigung*), non potendosi applicare, come sostenuto dalla difesa, il § 34 StGB, per le ragioni che saranno meglio precisate in seguito ¹³¹⁴, ciò che rileva in questa sede è che la Corte abbia ravvisato «*massive mitigating circumstances*» a favore di entrambi gli imputati, condannando gli stessi al pagamento di una ammenda (rispettivamente di euro € 10.800 e di € 3.600), sospendendo condizionalmente la pena. Il verdetto della Corte di Francoforte «*guilty but not to be punished*» mette in evidenza lo sforzo di bilanciare il divieto assoluto delle pratiche di tortura, così come sancito nel primo articolo della Carta fondamentale di Bonn e nel diritto internazionale da un lato e le situazioni in cui i funzionari statali impieghino l'utilizzo della violenza fisica o psicologica contro un sospettato, ciò costituendo l'ultima risorsa per salvare vite innocenti.

¹³¹³ Erano state utilizzate, invece, le prove reperite in esito alla confessione. A tal proposito, il Tribunale di Francoforte evidenziava che «*bilanciando la durezza dell'ingerenza nei diritti fondamentali dell'imputato – nel caso di specie minaccia di violenza fisica – e la gravità del crimine di cui è accusato ed oggetto dell'indagine – l'omicidio di un bambino – l'esclusione delle prove rese note a seguito della dichiarazione dell'accusato – in particolare la scoperta del bambino morto ed i risultati dell'autopsia – appare sproporzionata*». Sul punto si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V., 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, par. 27.

¹³¹⁴ V., *infra*, par. 3.3.

Il messaggio che si evince da questa pronuncia potrebbe essere così riassunto: «la responsabilità penale per la tortura di salvezza non può essere evitata dal fatto che venga posta in essere per salvare vite umane. Il soggetto agente resta pur sempre colpevole di aver commesso un reato. Si possono, però, ravvisare delle circostanze concrete in cui la *Rettungsfolter* sia giustificata da una considerevole attenuazione della pena»¹³¹⁵.

Pur non prendendo posizione sulla teoria della bomba a tempo, dal momento che non venivano ravvisate circostanze estreme, trattandosi di un tipico caso del lavoro della polizia, la Corte regionale di Francoforte sul Meno si è trovata implicitamente ad analizzare e discutere alcuni aspetti riguardanti, seppur indirettamente, il *ticking bomb* scenario¹³¹⁶. Gli stessi commentatori della sentenza e l'opinione pubblica partivano da due premesse fortemente condivise.

In *primis* era generalmente accettato che lo Stato non avesse l'autorità di legalizzare atti di tortura, qualunque fossero le circostanze¹³¹⁷. In secondo luogo, vi era un consenso sul fatto che la «tortura preventiva» violasse la dignità umana, come stabilito nel primo articolo e nell'art. 104 del *Grundgesetz* e come sancito nell'articolo 3 CEDU e nell'art. 1 della CAT.

Ciò su cui vi era disaccordo in questo dibattito era come valutare la responsabilità penale nelle situazioni in cui un pubblico ufficiale si trovasse nella condizione di porre in essere atti di tortura nei confronti di un terrorista - o, come nel caso *Daschner*, un rapitore – per fargli rivelare il luogo in cui fosse

¹³¹⁵ Tale riflessione è tratta da, M. GUR-ARYE, F. JESSBERGER, *The Protection*, cit., 244.

¹³¹⁶ Il caso in esame, peraltro, aveva sollevato un acceso dibattito accademico, in considerazione anche del risalto mediatico dello stesso. V., *ex multis*, J. HOOPER, *Germans wrestle with rights and wrongs of torture*, *The Guardian*, 27 febbraio 2003, 18; P. FINN, *Police Torture Threat Sparks Painful Debate in Germany*, *The Washington Post*, 8 marzo 2003, 19; A. K. WEILERT, *Grundlagen und grenzen des folterverbotes*, in *Verschiedenen Rechtskreisen*, 2009, 112-231.

¹³¹⁷ Il caso *Gäfgen* ha stimolato un dibattito sul carattere assoluto del divieto di tortura anche tra gli studiosi di diritto penale internazionale; v., K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6 (2), 261 ss; F. JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 1059 ss.

posizionata una bomba ovvero si trovasse un ostaggio, al fine di prevenire la morte di una o più persone innocenti.

Per quanto la maggior parte degli studiosi¹³¹⁸ ritenesse illegittima la tortura di salvezza, facendo leva sulle più volte ribadite argomentazioni nel corso della presente trattazione, quali l'inviolabilità della dignità umana, l'impossibilità di assoggettarla a bilanciamento con interessi contrapposti e la circostanza che qualsiasi eccezione a questa posizione potesse aumentare il rischio di abusi, aprendo la porta ad una «*china scivolosa*», altra parte della dottrina ha sostenuto la legittimità dell'utilizzo della stessa nel caso *Daschner*. Questa tesi si fonda principalmente sul presupposto che l'omissione degli atti di tortura in situazioni come quella concernente il caso *de quo* violi la dignità umana dell'ostaggio. Secondo questo punto di vista, il conflitto tra la dignità del rapitore e quella del soggetto passivo deve essere risolto a favore di quest'ultimo¹³¹⁹. La vittima rapita è un soggetto completamente indifeso, poiché non ha la possibilità di liberarsi; lo stesso non può dirsi con riguardo al rapitore, il quale può rivelare le informazioni sul luogo in cui essa si trovi ed evitare così di essere torturata.

E' proprio facendo leva su quest'ultima impostazione affermata anche a livello di opinione pubblica e mediatica che, in base alle stime da taluno riportate, «*ben il 63% dei cittadini tedeschi sarebbero stati dell'avviso che il vice capo della polizia di Francoforte non dovesse essere punito*»¹³²⁰.

¹³¹⁸ W. HECKER, *Relativierung des Folterverbots in der BRD?*, in *Kritische Justiz*, 36/2, 2003, 210-218; E. HILGENDORF, *Folter im Rechtsstaat*, in *Juristenzeitung*, n. 7/2004, 331-339; F. JESSBERGER, *Wenn du nicht redest, füge ich dir große Schmerzen zu*, in *Juristische Ausbildung*, 2003, 711-715; J. B. KRETSCHMER, *Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?*, in *Recht und Politik*, 2003, 103-118; R. NEUHAUS, *Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2004, 521-539; W. PERRON, *Foltern in Notwehr?*, in B. HEINRICH, E. HILGENDORF, W. MITSCH, D. STERNBERG – Lieben, (a cura di) *Festschrift für Ulrich Weber*, 70, Bielefeld, 2004, 143-154; C. ROXIN, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, in AA.VV. (a cura di) *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, 461-471; B. BEUTLER, *Strafbarkeit Der Folter Zu Vernehmungszwecken*, 2006, 326.

¹³¹⁹ G. WANGENLANDER, *Zur Strafrechtlichen Beurteilung Der Rettungsfolter*, Berlino, 2006, 169; 200; B. SCHÜNEMANN, *Kommentar zur Abhandlung von Luis Greco*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, 644-647.

¹³²⁰ Il dato è ripreso da H. DUX, *Meinungen zur "Folter diskussion"*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, 180, così come riportato da E. SCAROINA, *op. cit.*, 211.

Sebbene il Tribunale sembrava essersi assestato, comunque, sulla impostazione prevalente della protezione assoluta della dignità umana, non si può tralasciare la circostanza che una considerevole parte della dottrina ritenesse che la violazione della dignità umana potesse essere giustificata dal bilanciamento degli interessi in gioco nei singoli casi¹³²¹, rischiando di alimentare in Germania la c.d. «cultura della tortura»¹³²² o il «regresso alla tortura»¹³²³.

Altro caso meritevole di attenzione, riguarda la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006¹³²⁴, con la quale veniva affermata l'illegittimità costituzionale del § 14 comma 3 della Legge sulla Sicurezza Aerea (*Luftsicherheitsgesetz*)¹³²⁵. La norma, invero, autorizzava

¹³²¹ H. DREIER, Art. 1, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, II ed., 2004, nota 133; C. STARCK, Art. 1 § 1, in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, nota 79; C. HERDEGEN, Art.1, in T. Maunz & G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 2005, nota 43. .

¹³²² S. KRASMANN, *Die Folter im Recht*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtreform*, 2006, 231.

¹³²³ T. WEITIN, *Wahrheit und Gewalt. Der Diskurs der Folter in Europa und den USA*, Bielefeld, 2010, 10.

¹³²⁴ Per un commento della sentenza, v., R. ARNOLD, *La sicurezza come oggetto del diritto: la situazione in Germania*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 173 ss; R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, 39-54; A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006, *passim*; M. GENNUSA, *La dignità umana e le sue anime. Spunti alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in N. ZANON, (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli-Roma, 2006, *passim*; O. LEPSIUS, *Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act*, in *German Law Journal*, 9, 2006, *passim*; A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsicherheitsgesetz)*, in *Cass. pen.*, n. 2/2007, 780-804.

¹³²⁵ La legge sulla Sicurezza Aerea venne emanata il 18 giugno del 2004 dal *Bundestag*, prefiggendosi quale obiettivo principale l'impedimento del verificarsi di quanto accaduto a New York l'11 settembre 2001. Si riporta, di seguito, il contenuto dell'art. 14 (Misure di intervento militare, autorizzazione dell'ordine) della normativa *de qua*: «1. Per impedire il verificarsi di una sciagura particolarmente grave, le forze armate possono, nello spazio aereo, respingere aerei, costringerli ad atterrare, minacciare l'impiego della forza o sparare colpi in aria. 2. Tra i diversi mezzi possibili, è da scegliere quello che, prevedibilmente, arrechi minor pregiudizio al singolo come alla collettività. Il provvedimento può essere attuato solo per il tempo e nella misura necessari a conseguire il suo scopo. Esso non può portare ad una perdita che sia, in modo riconoscibile, sproporzionata rispetto al risultato auspicato. 3. L'azione immediata con l'impiego delle armi è ammessa solo quando è da attendersi, secondo le circostanze, che l'aereo sarà impiegato contro la vita di esseri umani, e quando sia l'unico mezzo per opporsi a questo pericolo attuale. 4. La misura può essere ordinata dal Ministro della difesa, o, in caso di rappresentanza, dal membro del governo incaricato di rappresentarlo[...].». Per una corretta traduzione della norma, v., A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana*, cit., 780.

l'aviazione militare ad abbattere un aereo civile nel caso in cui i terroristi lo avessero dirottato, minacciando così la sicurezza della collettività conferendo, peraltro, alle autorità statali competenti la potestà di ordinare l'uccisione dei passeggeri e dei membri dell'equipaggio, tutti soggetti innocenti rispetto alle finalità criminali perseguite dagli attentatori, ma loro malgrado coinvolti nel destino dell'aereo sequestrato. La Corte costituzionale tedesca decretava all'unanimità l'illegittimità costituzionale del § 14, III comma, LuftSIG, fondando la sua decisione su due ordini di ragioni: una di carattere formale concernente la competenza legislativa ed una di natura prettamente sostanziale. Con riguardo al primo motivo, esso risulta connesso alla struttura federale della Germania e si fonda sulla differenza tra difesa da una parte e sicurezza dall'altra. Si deve precisare che l'attività dei militari e delle Forze armate, di competenza del *Bund*, della Federazione, viene fondamentalmente circoscritta alla difesa dello Stato da attacchi militari, mentre l'attività di sicurezza e di prevenzione dei pericoli è di spettanza delle forze di polizia, organizzate sul piano regionale dai singoli *Länder*. Ora, secondo il *Bundesverfassungsgericht* l'attività di prevenzione dei pericoli derivanti da attacchi non militari come quelli terroristici è riconducibile a quella di sicurezza, risultando, pertanto, di competenza delle forze di polizia dei singoli *Länder*. In definitiva, quindi, secondo i Giudici tedeschi, i militari del *Bund* possono agire all'interno del Paese nell'ambito degli stati di necessità regionale e sovraregionale previsti dalla Legge fondamentale tedesca per lottare contro «*catastrofi naturali e incidenti particolarmente gravi*» solo in funzione sussidiaria e di sostegno della polizia dei *Länder*, e quindi non «*con armi specificamente militari*» e un aereo da guerra armato di missili è un'arma specificamente militare¹³²⁶.

Per quanto concerne la motivazione di ordine sostanziale, che in questa sede desta indubbiamente il maggiore interesse e la cui forza argomentativa «*arriva ad assumere in certi tratti aspetti di austera solennità*», il perno delle

¹³²⁶ Sul punto, D. SICILIANO, *L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici ed il diritto. (La situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)*, in *Quest. Giust.*, n.2/2008, 173-176.

argomentazioni delineate dalla Corte ruota attorno al diritto alla vita ed al diritto alla dignità, di cui rispettivamente agli artt. 2 comma 2 e 1 comma 1 del *Grundgesetz*. «Ogni limitazione che lo Stato può – legittimamente - imporre al diritto alla vita incontra, a sua volta, il limite del rispetto della dignità umana»¹³²⁷. Il principio appena richiamato si estende anche all'obbligo dello Stato di tutelare i cittadini da attacchi esterni¹³²⁸. Come emerge dalla sentenza, si assisterebbe ad una oggettivazione della persona umana (la c.d. *Objektformel* di ascendenza Kantiana¹³²⁹) nei confronti dei responsabili del dirottamento e nei confronti dello Stato, trovandosi i passeggeri di un aereo dirottato ad essere trattati come cose, venendo «spersonalizzati e nel contempo privati dei loro diritti»¹³³⁰, al fine della salvezza della vita di altri innocenti¹³³¹. Qualora lo Stato venisse a disporre unilateralmente della loro vita, ai passeggeri ed ai membri dell'equipaggio verrebbe negato il valore proprio di ogni essere umano di decidere autonomamente sulla propria esistenza, «che invece spetta loro appunto perché vittime in una situazione di pericolo a sua volta meritevole di tutela da parte della pubblica autorità»¹³³². La Corte evidenzia come le circostanze in cui l'abbattimento dell'aereo possa essere ordinato scontino un tasso notevole di incertezza, rimettendo la vita di persone innocenti a mere congetture: è lecito supporre, invero, che non sia sempre possibile una valutazione affidabile, in termini di proporzionalità ed adeguatezza, della realtà dei fatti in relazione all'attuazione dei provvedimenti di cui al § 14 III LuftSiG¹³³³. Il Tribunale esclude, poi, l'applicabilità di una serie di argomentazioni. In primo luogo, rigetta la tesi, ritenendola totalmente avulsa

¹³²⁷ A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana*, cit., 793.

¹³²⁸ BVerfG, 1 BvR 357/05, par. 120 e 137: «anche quest'obbligo di protezione ha il proprio fondamento nell'art. 1, comma 1, periodo 2 GG, che espressamente obbliga lo Stato al rispetto ed alla tutela della dignità umana». Al fine di tutelare le potenziali vittime di un attacco aereo, lo Stato è costretto a retrocedere di fronte al rispetto della dignità di altre vite a bordo.

¹³²⁹ W. HECKER, *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz*, in *Kritische Justiz*, Vol. 39, n. 2/2006, 186. V., G. DÜRIG, *Der Grundrecht von der Menschenwürde*, in P. HÄBERLE, W. S. GLAESER, H. MAURER (a cura di) *Gesammelte Schriften*, 1984, 127 ss.

¹³³⁰ A. DE PRETIS, *Tra libertà e sicurezza*, cit., par. 5.

¹³³¹ BVerfG, 1 BvR 357/05, par. 14.

¹³³² A. DE PRETIS, *Tra libertà e sicurezza*, cit., par. 5.

¹³³³ A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana*, cit., 794.

dalla realtà, secondo cui sia legittima l'uccisione dei passeggeri in virtù del loro consenso tacito, prestato nel momento in cui gli stessi abbiano scelto volontariamente di salire sull'aereo, acconsentendo, seppur in maniera implicita, al sacrificio della propria vita, in presenza di qualsivoglia emergenza riguardante lo stesso. Inoltre, anche l'argomentazione sostenuta da altri nel corso del procedimento secondo cui i passeggeri sequestrati a bordo del velivolo possano essere considerati un'arma, sia pur impropria, e che, pertanto, dovrebbero prestare consenso a lasciarsi trattare come tale, esprime in maniera ancora più evidente la loro inammissibile equiparazione alle cose. Viene respinta, altresì, l'opinione di chi ritiene che nel caso descritto dal § 14 LuftSiG ci si troverebbe dinanzi ad un obbligo di auto-sacrificarsi, al fine di proteggere la collettività da attacchi diretti alla sua eliminazione ed all'annientamento dell'ordinamento giuridico e della libertà dello Stato¹³³⁴. Residuerebbe, secondo i giudici della Corte, un ambito applicativo limitato della norma, legittimando l'intervento armato contro l'aereo solo per far fronte ad attacchi compiuti in assenza di persone innocenti a bordo. Qualora, invece, il velivolo fosse occupato unicamente dai responsabili dell'attentato, l'impiego della forza armata non entrerebbe in contrasto con il rispetto che si deve alla loro dignità poiché: *«sono proprio questi ultimi ad aver causato, in qualità di autori di un reato, la necessità dell'intervento dello Stato, e ad essere in grado in ogni momento di evitare tale intervento, desistendo dalla realizzazione del piano criminoso. Sono coloro che si sono impossessati dell'aereo a poter determinare in modo decisivo il corso degli avvenimenti, a bordo come anche a terra»*¹³³⁵. In altre parole, ciò costituirebbe una situazione riconducibile alla legittima difesa, garantendosi il rispetto del principio di proporzione, essendo stati gli attentatori ad aver causato la situazione di emergenza provocante la reazione dello Stato nei loro confronti, potendo far venire meno detta reazione nel momento in cui essi desistessero dal loro intento criminale.

¹³³⁴ BVerfG, 1 BvR 357/05, par. 135.

¹³³⁵ BVerfG, 1 BvR 357/05, par. 142; 150.

La pratica del ricorso alla forza fisica nel corso degli interrogatori per poter ottenere informazioni vitali alla difesa del Paese e dei cittadini, nel contesto della guerra al terrorismo, è stata espressamente affrontata, altresì, dalla Corte Suprema israeliana¹³³⁶, la cui pronuncia rappresenta un cambiamento, nella propria giurisprudenza, in materia di sicurezza nazionale.

Nel 1987 venne istituita, in Israele, una commissione di inchiesta presieduta dall'ex presidente della Corte Suprema, *Moshe Landau* (di seguito Commissione *Landau*), al fine di indagare sui metodi di interrogatorio posti in essere dai servizi di sicurezza israeliani, *General Security Service* (GSS)¹³³⁷, le cui pratiche vennero ritenute lecite¹³³⁸ in virtù «*of the criminal law defense of necessity*»¹³³⁹. L'operato della Commissione *Landau* venne fortemente

¹³³⁶ Corte Suprema di Israele, 6 settembre 1999, *Issa Ali Batate et al. c. The General Security et al.*, disponibile sul sito internet: <http://www.court.gov.il/mishpat/html/en/verdict/judgment.rtf> ed è commentata da P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 269 ss; E. OTTOLENGHI, *Una sentenza della Corte Suprema israeliana sulla facoltà dei servizi di sicurezza di fare uso della forza nel corso di interrogatori*, in *Dir. pubb. comp.eur.*, IV, 1999, 1489 ss. Nel panorama internazionale, v., M. KREMNITZER, R. SEGEV, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?*, in *Israel Law Review*, vol. 34, 2000, 516-527; M. GUR-ARYE, *Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogation? Reflections in Light of the Israeli Experience*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A collection*, 2004, 183; Y. GINBAR, *Why not torture Terrorists: Moral, Pratical and Legal Aspects of the "Ticking Bomb" Justification for Torture*, Oxford, 2008, 200-22. Per una lettura alternativa della pronuncia v., A. REICHMAN, T. KAHANA, *Israel and the Recognition of Torture: Domestic and International Aspects*, in C. SCOTT (a cura di), *Torture as a Tort: Comparative Perspectives on the Development of trasnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001, 631.

¹³³⁷ V., *Excerpts of the Report of The Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1999, 146. Nel Rapporto della Commissione *Landau* veniva richiamata la teoria del *Ticking bomb*, prospettando uno scenario più ampio, non limitando, cioè, tale situazione ai casi in cui un ordigno sia destinato ad esplodere nell'immediato. Come si evince dal rapporto, invero, «*il fattore decisivo non è l'elemento tempo*», ma piuttosto la circostanza che non vi siano altri modi per superare la reticenza dei sospetti terroristi a rivelare le informazioni necessarie «*per impedire la commissione di attentati*».

¹³³⁸ Si faceva riferimento, in particolare, a «*moderate measure of physical pressure*». Sul punto, v., G. FORNASARI, *L'attualità dell'invettiva di Beccaria contro la tortura*, in L. PICOTTI (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire. Atti della sessione penalistica del Convegno attualità e storicità di «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione (Verona, 24 ottobre 2011)*, Napoli, 2015, 94.

¹³³⁹ Per una ricostruzione della vicenda, v., M. GUR-ARYE, F. JESSBERGER, *The protection*, cit., 235.

criticato, sia all'interno che fuori dai confini di Israele¹³⁴⁰. A seguito del continuo impiego dei metodi di interrogatorio coercitivo, la Suprema Corte di Israele venne chiamata a rendere un parere preventivo in merito alla legittimità delle tecniche di interrogatorio poste in essere dal GSS nei confronti degli indiziati di reato. Questi, infatti, venivano usualmente indotti a confessare in seguito all'utilizzo di mezzi definiti di pressione fisica moderata («*moderate physical pressure*»)¹³⁴¹, consistenti nello «scuotimento» («*shaking*»), nella messa in posizione *Shabach*, considerata la causa di possibili seri danni muscolari, la messa in posizione rannicchiata («*frog crouch*»), l'eccessivo stringimento delle manette, con i conseguenti danni alle mani ed alla circolazione sanguigna e la privazione del sonno come elemento aggiuntivo alle altre tecniche¹³⁴². La Suprema Corte si è trovata, quindi, nella posizione di dovere mediare tra due esigenze fondamentali: la repressione delle azioni terroristiche da un lato e la salvaguardia dei diritti umani dall'altro. Pur

¹³⁴⁰ L. SHLELEFF, *On the Lesser Evil-On the Landau Committee Report*, in *Isr. J. Crim. Just.*, vol. 1, 1999, 185; D. STATMAN, *The Question of Absolute Morality Regarding the Prohibition on Torture*, in *Mishpat U- Mimshal*, vol.4, 1997, 161; M. EVANS, R. MORGAN, *Preventing torture: a Study of European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, 1998, 41-52; E. GROSS, *Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights*, in *The Ucla of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 6, 2001, 89, 94-97; Y. GINBAR, *Why not torture terrorists?*, cit., 171-182. Le critiche nascevano dal fatto che la stessa Commissione si sarebbe dovuta concentrare maggiormente su di «una strategia generale per combattere il terrorismo» e meno sull'impiego di mezzi alternativi per la raccolta di informazioni in relazione ai singoli sospettati, oltre al fatto di dare importanza alla «autonomia individuale ed alla dignità umana» nel bilanciamento degli interessi in gioco. M. KREMNITZER, *The Landau Commission Report-Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *Israel Law review*, vol. 23, 1989, 216, 229, 248. Legittimando l'utilizzo della forza si sarebbe creato un precedente teso a consentirne l'uso durante gli interrogatori. P. H. ROBINSON, *Letter to the Editor*, in *Israel Law review*, vol. 23, 1989, 189. Per limitare quest'ultimo pericolo, la Commissione avrebbe dovuto almeno imporre un divieto di utilizzare, all'interno di un procedimento penale, le confessioni ottenute con metodi coercitivi. A. S. ZUCKERMAN, *Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth*, in *Israel Law Review*, Vol. 23, 1989, 357. Alcuni, inoltre, sostenevano che in uno stato democratico, dovesse essere il legislatore a decidere i metodi per condurre interrogatori di *intelligence* nella guerra al terrorismo. H. ROBINSON, *Letter to the Editor*, cit., 190.

¹³⁴¹ Sull'uso delle «pressioni fisiche moderate» per ottenere informazioni nel caso delle c.d. «bombe disinnescate», si veda, M. REINFELD, *How moderate physical pressure turned into torture*, in *Ha'aretz*, 7, 1999, *passim*.

¹³⁴² V., A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 186. V., altresì, A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, cit., 296, il quale riferisce che «tra il 1987 e il 1994, la GSS israeliana interrogò 23.000 palestinesi, dei quali il 94 per cento fu sottoposto a violenze fisiche o a tortura psicologica».

essendo consapevoli della minaccia terroristica incombente sullo Stato israeliano e dei costi in termini di vite umane che essa reca con sé, i Giudici hanno ritenuto illegittimi i metodi coercitivi utilizzati dal GSS durante gli interrogatori, nonché, più in generale, qualsiasi altra forma di coercizione¹³⁴³. Non si può, secondo la Corte, non dare particolare rilievo alla dignità dell'essere umano ed alla *Rule of law* nell'ambito di una democrazia¹³⁴⁴.

La prima ragione a fondamento della decisione *de qua* riguardava il potere generale di svolgere interrogatori da parte del GSS. Questo organismo non era dotato di tale potere, non sussistendo alcuna legge che considerasse differente la sua posizione rispetto a quella degli altri addetti delle forze dell'ordine¹³⁴⁵, ai quali risulta normativamente vietato l'utilizzo della violenza nei confronti di altri indagati.

La Suprema Corte israeliana, tuttavia, non ha imposto esplicitamente un divieto generale di usare la forza durante gli interrogatori, aprendo la possibilità al legislatore di prevedere in futuro un ricorso a tali modalità coercitive: «*Whether it is appropriate for Israel, in light of its security difficulties, to sanction physical means is an issue that must be decided by the legislative branch, which represents the people. We do not take any stand on this matter at this time. It is there that various considerations must be weighed. The debate must occur there. It is there that the required legislation may be passed, provided, of course, that the law "befit[s] the values of the State of Israel, is*

¹³⁴³ E. SCAROINA, *op. cit.*, 320-321.

¹³⁴⁴ L'argomento della democrazia che non può contraddirsi per restare tale e il riferimento ad un concetto ampio di sicurezza convivono però con la considerazione della «*difficult reality in which Israel finds herself*», ovvero di situazioni riconducibili ad ipotesi come il *Ticking bomb*. A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 185. E. SCAROINA, *op. cit.*, 321: «*Anche in situazioni di difficoltà e di pericolo, le democrazie non possono cedere alla tentazione di sacrificare quote di diritti dei cittadini in nome della propria conservazione*». Corte Suprema di Israele, 6 settembre 1999, *Issa Ali Batate et al. c. The General Security et al.*, HCJ 5100/94, cit., par. 39: «*The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security*».

¹³⁴⁵ Corte Suprema di Israele, 6 settembre 1999, *Issa Ali Batate et al. c. The General Security et al.*, HCJ 5100/94, cit., parr. 31-32. La Corte, in particolare, evitò di considerare i metodi impiegati come «*tortura*» o come «*trattamenti inumani o degradanti*», focalizzando primariamente l'attenzione su di un aspetto che era stato ignorato dalla Commissione Landau, ossia la violazione della dignità umana del sospettato.

*enacted for a proper purpose, and [infringes the suspect's liberty] to an extent no greater than required»*¹³⁴⁶.

In definitiva, quindi, la Corte poneva un divieto di impiegare mezzi di pressione fisica per la mancanza di una legge che prevedesse il loro utilizzo e non in quanto esistesse un divieto assoluto correlato all'inviolabilità della persona e alla sua dignità¹³⁴⁷.

Sebbene, all'indomani della pronuncia, alcuni si schierarono nettamente a favore della stessa¹³⁴⁸, suscitò le reazioni di coloro che ritennero che la Corte avrebbe dovuto bandire in maniera assoluta il ricorso alla tortura durante gli interrogatori, conformemente al diritto internazionale¹³⁴⁹, non potendosi lasciare, tra l'altro, spazio al legislatore per decidere se legalizzare l'uso della forza negli interrogatori¹³⁵⁰.

La pronuncia venne, peraltro, sospesa per un anno al fine di consentire alla *Knesset* di intervenire¹³⁵¹. Nel 2002 venne adottato dal Parlamento israeliano il *General Security Service Law*, n. 5762-2002, che, pur non ammettendo

¹³⁴⁶ Corte Suprema di Israele, 6 settembre 1999, *Issa Ali Batate et al. c. The General Security et al.*, HCJ 5100/94, cit., parr. 38- 39. «According to the existing state of the law, neither the government nor the heads of the security services have the authority to establish directives regarding the use of physical means during the interrogation of suspects suspected of hostile terrorist activities» e, «similarly, the individual GSS investigator – like any police officer – does not possess the authority to employ physical means». «The 'necessity defense' does not constitute a source of authority, which would allow GSS investigators to make use [of] physical means during the course of interrogations».

¹³⁴⁷ A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 186.

¹³⁴⁸ D. IZENBERG, B. LYNFIELD, *Human-Rights Groups Applaud GSS Ruling*, in *Jerusalem Post*, 7 settembre 1999, 2; J. T. PARRY, *Judicial Restraints on Illegal State Violence: Israel and the United States*, in *Vand J. Transnat'l.*, Vol. 35, 2002, 74: «Recognizing its responsibility for past failure to stop torture, the Supreme Court of Israel used administrative law to stop GSS's pervasive violations of human rights. From this decision, U.S. Courts can draw a lesson in doctrine but also, and more importantly, a recognition of their inevitable responsibility for protecting individuals from illegal state violence».

¹³⁴⁹ Y. GINBAR, *Why not torture terrorists?*, cit., 171-182.

¹³⁵⁰ M. KREMNITZER, R. SEGEV, *Using Force During Investigations by the General Security Service--The Lesser Evil?*, in *Mishpat U – Mimshal*, vol. 4, 1998, 528-558; A. REICHMAN, T. KAHANA, *Israel and the Recognition of Torture*, cit., 638-643; M. MANDEL, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, vol. 33, 259-321; B. COHEN, *Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System's Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories*, in *Indiana International and comparative law review*, vol. 12, 2001, 75-106.

¹³⁵¹ Pur affermandosi che non si vuole legalizzare un'azione illegale, si prevede che nel frattempo «the GSS will be allowed to employ exceptional interrogative methods», se pur solo «in those rare cases of "ticking bomb", on the condition that explicit authorization is granted by the Attorney-General». A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 187.

l'utilizzo dei mezzi di coercizione fisica, ha previsto, all'art. 18: «*a Service employee or a person acting on behalf of the Service shall not bear criminal or civil responsibility for any act or omission performed in good faith and reasonably by him within the scope and in performance of his function*»¹³⁵².

Passando, ora, all'analisi dell'esperienza degli Stati Uniti, è bene sottolineare come gli stessi, al pari di altri Stati, siano firmatari della Convenzione di Ginevra contro la tortura che ne proibisce qualsiasi forma, non prevedendo eccezioni al riguardo. Ciò nonostante, così come accade in molte altre nazioni firmatarie della CAT, gli USA pongono in essere le più efferate atrocità, limitandosi «*ipocritamente ad ignorarla*»¹³⁵³. L'adozione di tale documento da parte degli Stati Uniti è stata accompagnata da una riserva, ossia l'accordo di essere vincolati dalla Convenzione Onu soltanto nella misura in cui questa sia coerente con l'ottavo emendamento della Costituzione americana, nel quale si legge che ai detenuti non si debbano infliggere «*cruel and unusual punishments*». Alcune pronunce delle Corti statunitensi hanno affermato che l'emendamento *de quo* non possa proibire l'uso della forza fisica rivolto allo scopo di ottenere informazioni necessarie per salvare vite umane, sicché se gli Stati Uniti scegliessero di impiegare la tortura non letale nei casi più estremi, tecnicamente si può dire che la loro posizione rimarrebbe conforme agli obblighi previsti dalla firma del trattato¹³⁵⁴. In altri termini la Convenzione Onu viene accettata sino a che non urti con gli emendamenti della Costituzione americana, in particolare con l'ottavo, contenente la generica proibizione di «*crudeli ed insolite punizioni*», ciò legittimando tecniche di interrogazione praticate a Guantanamo o in qualsiasi altro stabilimento detentivo all'estero sottoposto al controllo americano¹³⁵⁵.

¹³⁵² *Ibidem*; E. SCAROINA, *op. cit.*, 321.

¹³⁵³ A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 129.

¹³⁵⁴ US District Court for the Southern District of New York, 17 luglio 1967, *Usa vs Cobb*, 271 F. Supp. 159 (S.D.N.Y. 1967), *passim*; United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 19 aprile 1977, *Ingraham vs Wright*, n. 75-6527, *passim*.

¹³⁵⁵ C. DE CARLO, *Il dibattito statunitense sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 341-342.

Durante l'amministrazione *Bush*, a seguito dell'attentato dell'11 settembre 2001, è stato avviato un percorso ermeneutico volto a definire minuziosamente i confini giuridici della tortura, al fine di orientare l'agire della CIA durante le pratiche di interrogatori di presunti terroristi. Di particolare rilievo sono i *Torture Memos*¹³⁵⁶ (o *Memorandum* sulle pratiche di tortura), la cui stesura avvenne proprio durante la presidenza *Bush*, ad opera del vice-Assistente Procuratore generale degli Stati Uniti d'America, *John Yoo* e sottoscritti dall'Assistente Procuratore Generale a capo dell'*Office of Legal Counsel*, *Jay Bybee*¹³⁵⁷. In un *Memorandum* si leggeva: «La sofferenza psichica per raggiungere il livello di tortura deve essere equivalente per intensità alla

¹³⁵⁶ Per un approfondimento su tali pratiche v., A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 181-182; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. contemporaneo* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it> 2017, 215-217. In particolare, si segnalano la prolungata privazione del sonno, l'assunzione coattiva di posizioni vessatorie e la pratica del *waterboarding* consistente nel versare dell'acqua sul volto di una persona immobilizzata, riproducendo la sensazione dell'annegamento.

¹³⁵⁷ Il contenuto di tali *Memoranda* suscitò un effervescente dibattito internazionale. Per un quadro riassuntivo dello stesso, v. L. LOBBA, *op. ult. cit.*, nota 192, in cui vengono citati: gli scritti raccolti in K. J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2006, *passim*. Si veda, altresì, J. A. ALVAREZ, *Torturing the Law*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2, 2006, 175 ss.; M. C. BASSIOUNI, *The Institutionalization of Torture under the Bush Administration*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2, 2006, 389 ss. Per alcune serrate critiche dei *Torture Memos*, che affrontano anche la giustificazione della tortura mediante l'argomento del *ticking bomb* v., *ex multis*, H. H. KOH, *A World without Torture*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, 662 ss.; ID., *Can the President Be Torturer in Chief?*, in *Indiana Law Journal*, 2006, 1145 ss.; J. D. OHLIN, *The Torture Lawyers*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, 193 ss.; M. NOWAK, *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, 809 ss.; A. CLARKE, *Creating a Torture Culture*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, 1-50; D. LUBAN, *Liberalism, Torture*, cit., 1425 ss.; J. PAUST, *Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees*, in *Columbia Journal of International Law*, 2005, 811 ss.; J. WALDRON, *Torture and Positive Law*, in *Columbiana Law Review*, 2005, 1681 ss.; D. A. WALLACE, *Torture v. The Basic Principles of the US Military*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 309 ss. Per una serie di voci a favore dell'utilizzo di tecniche di interrogatorio qualificabili come tortura, specialmente in situazioni di emergenza nazionale, v. E. A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, OUP, New York, 2007, *passim*; A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 125 ss.; ID., *Should the Ticking Bomb Terrorist Be Tortured?*, cit., 189-217; propugna la legittimità dei trasferimenti verso paesi in cui vi è un elevato rischio di tortura, J. YOO, *Transferring Terrorists*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 79 (4), 2004, 1183 ss. In Italia, v., per tutti, da una prospettiva storica ed interdisciplinare, M. LA TORRE, *La giustizia della tortura. Variazioni sul tema*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1, 2014, 3 ss.; ID., «Giuristi, cattivi cristiani». *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, tomo II, 2007, 1331 ss.

*sofferenza che accompagna serie offese fisiche, come la lesione di organi, o l'alterazione di funzioni corporee, e persino la morte»*¹³⁵⁸. Da tali Memoranda si possono ricavare alcune rilevanti considerazioni.

In primo luogo hanno contribuito ad innalzare il livello minimo di dolore che dovrebbe caratterizzare la tortura, adottando una visione particolarmente restrittiva del termine «sofferenza», che deve essere, appunto, particolarmente grave, equivalente al dolore che si accompagna ad una grave lesione fisica, il danneggiamento di una funzione vitale o persino la morte, non potendosi qualificare come tortura ciò che rimane al di sotto di tale soglia¹³⁵⁹. Inoltre, meritevole di attenzione e considerazione risulta essere l'elemento soggettivo. In particolare, ad assumere rilievo nell'ambito delle pratiche di tortura risulterebbe l'intenzione specifica (*specific intent*) di torturare, avendosi tortura solo ove l'inflizione di una grave sofferenza costituisca il fine immediato e diretto della condotta posta in essere. Qualora, invece, la sofferenza non fosse oggetto di una specifica intenzione ed il soggetto adibito ad ottenere informazioni mediante interrogatori, pur rappresentandosi la sofferenza scaturente dalle sue azioni, non fosse mosso dall'intento di ottenere informazioni, la condotta non potrà essere soggetta a pena, data la mancanza dell'elemento soggettivo che, nel caso di specie, si può ricondurre ad un dolo

¹³⁵⁸ *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, 1 agosto 2002, ora in M. DANNER, *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, in *New York Review Books*, 2004, 115 (Tale memorandum è stato firmato da Bybee, anche se redatto da Yoo). Tra gli altri memoranda sulla tortura redatti da Yoo, si vedano: il *Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense*, avente ad oggetto «*Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside of the United States*», del 14 marzo 2003. Tutti i Memoranda sono reperibili in D. D. COLE, (a cura di), *The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable*, New York, 2009, 41 ss.; M. P. SCHARF, *The Torture Lawyers*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010, 389 ss sottolinea come la sopra indicata linea politica abbia preso il sopravvento durante l'amministrazione Bush. Di qualche anno successivo fu il *Memorandum* di Levin (*Memorandum from Daniel Levin, Acting Assistant Attorney General, to James B. Comey, Deputy Attorney General, on Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A*, 30/12/2004), il quale venne ritirato avendo i vari Memoranda suscitato avverse reazioni all'interno della stessa amministrazione Bush.

¹³⁵⁹ Per Yoo e Bybee ciò che generalmente viene considerato come una spietata tortura, non viene più ritenuta tale. Sul punto, v., H. H. KOH, *Can the President Be Torturer in Chief?*, cit., 1150. Si pensi, ad esempio, ad una violenza carnale, anche reiterata, che viene esclusa dall'ambito della tortura. V., M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 111.

specifico¹³⁶⁰. Ecco che, sotto questa luce, le tecniche di interrogazione praticate a Guantanamo ovvero in altri stabilimenti detentivi siti all'estero, mai si sarebbero potute qualificare come torture. Ciò, chiaramente, si pone in contrasto con l'art. 1 CAT, essendo il fine del conseguimento di informazioni una delle condizioni in grado di delineare la tortura. Yoo, invero, accetta unicamente la validità dell'art. 2340 A della Legge federale contro la tortura¹³⁶¹ ed, analogamente, *Bybee* sostiene l'incostituzionalità di tale norma nel momento in cui la stessa possa costituire un limite al potere del Presidente, quale capo supremo delle operazioni militari¹³⁶². Sia *Bybee* che *Yoo* sono fautori della tesi secondo cui neanche una legge del Congresso possa limitare i poteri eccezionali del Presidente in tempo di guerra e nel caso degli attentati terroristici si assiste ad una vera e propria «*war on terror*» e ritengono che le Convenzioni di Ginevra siano derogabili dinanzi alla presenza di terroristi, dato che questi non sono dei combattenti regolari. Qualsiasi legge in grado di intralciare il potere del Presidente di giudicare una situazione come eccezionale e tale da giustificare l'utilizzo di pratiche di interrogatorio non consentite dalla legge, «*dovrebbe ritenersi incostituzionale*»¹³⁶³. E' proprio nel nome di tale immunità del Presidente nei confronti della legge, della Costituzione e del diritto internazionale che possono scriminarsi le condotte di coloro che «*hanno*

¹³⁶⁰ V., Letter from John Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to Alberto Gonzales, 01 agosto 2002, ora in M. DANNER, *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, cit., 110. V., altresì, Letter from John Yoo, Deputy Assistant Attorney General, to John Rizzo, Acting General Counsel, central Intelligence Agency, 13 luglio 2002, dove emerge che: «*L'intenzione specifica può essere negata mostrando la buona fede. Così, se un individuo sottovaluta le suddette azioni e non le considera pene o sofferenze mentali gravi, bensì le compie in buona fede credendo che quegli atti non avrebbero provocato un danno prolungato nei prigionieri, egli non avrebbe agito con l'intenzione specifica di praticare tortura*».

¹³⁶¹ Articolo 2340 A del *Federal Anti-Torture Statute*: «*Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life*».

¹³⁶² M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 113.

¹³⁶³ V., J. MAYER, *Outsourcing Torture. The Secret History of America's «Extraordinary Rendition» Program*, in *The New Yorker*, 14 febbraio 2005, *passim*.

*agito in esecuzione di ordini superiori riconducibili all'autorità del Presidente»*¹³⁶⁴.

Tale presa di posizione, però, si poneva in contrasto con i principi di *ius cogens*¹³⁶⁵ e con i principi costituzionali tipici di uno Stato democratico. Il potere esecutivo, senza alcuna forma di controllo, anche in situazione del tutto eccezionale ed emergenziale, non può avere una ragion d'essere all'interno di uno Stato di diritto costituzionale, nel quale «*i diritti fondamentali delimitano il terreno del gioco politico e delle sue capacità di intervento e in cui la dignità umana è un ambito sottratto alla disposizione del potere legislativo e a maggior ragione di quello esecutivo*»¹³⁶⁶.

Spetta al Congresso, quindi, la deliberazione dell'entrata in guerra del Paese, risultando, così, il Presidente vincolato dalla Costituzione e dal Congresso, non potendosi ridisegnare la sua figura quale capo supremo delle operazioni militari come se fosse un dittatore che si pone al di sopra di ciò che è bene e male, della legge, della Costituzione, e del diritto internazionale¹³⁶⁷.

In conclusione, quindi, per quanto da un lato tali *Memoranda* abbiano contribuito a «*normalizzare*» l'uso della tortura come strumento politico legittimo¹³⁶⁸, avendo un notevole impatto pratico, aprendo le porte all'uso della tortura da parte della C.I.A. e dei militari americani, dall'altro non sembrano aver inciso sulla nozione internazionalmente condivisa di tortura. Tale ultima affermazione troverebbe riscontro in alcune pronunce, tra cui quella del collegio d'appello del TPJ, nel caso *Brđanin*¹³⁶⁹, in cui venne rigettata la

¹³⁶⁴ M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. ult. cit.*, 113-114. L'A. sottolinea che l'art. 2 della Carta costituzionale americana, che attribuisce al Presidente il supremo comando delle forze militari, consenta al Presidente di dichiarare lo stato di eccezione in maniera insindacabile, con concessione di pieni poteri nel caso in cui egli ritenga di trovarsi in una situazione di pericolo. V., J. YOO, *Transferring Terrorists*, cit., 1198.

¹³⁶⁵ M. JAHN, *Gute Folter, schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und volkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff «Folter» im Spannungsfeld von Prävention und Repression*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 87, 2004, 33-34.

¹³⁶⁶ M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. ult. cit.*, 114-115.

¹³⁶⁷ J. MADISON, A. HAMILTON, J. JAY, *The Federalist Papers*, a cura di I. KRAMNICK, Penguin, 1987, 398.

¹³⁶⁸ J. E. ALVAREZ, *Torturing the Law*, cit., 175 ss., spec. nota 1.

¹³⁶⁹ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Brđanin*, Appeal Judgment ("AJ"), 3 aprile 2007, par. 251.

doglianza della difesa secondo la quale la soglia di sofferenza necessaria ad integrare il reato di tortura si sarebbe innalzata a seguito del mutamento del diritto internazionale provocato dal *Bybee Memorandum*, nella parte in cui quest'ultimo considerava rientranti nella definizione di tortura solo gli atti provocanti un dolore simile a quello derivante da «*lesioni fisiche serie come la perdita di un organo, il danneggiamento irreparabile di organi vitali o persino la morte*».

In primo luogo, la definizione di grave sofferenza invocata dall'imputato è stata in buona parte riformulata da atti successivi. Non solo. I Giudici, nell'esprimere verdetto, ricorrevano ai lavori preparatori della CAT, dai quali si evinceva il rigetto di una proposta britannica tesa ad adottare il più severo *standard* dell'inflizione dell'«*estremo dolore*»¹³⁷⁰. A supporto del suo costante orientamento a tale riguardo, il TPJ citava, oltre ai suoi precedenti, la giurisprudenza della Corte EDU.

Il Tribunale giungeva così alla conclusione, confermata poi da pronunce successive, che costituiscono tortura anche quegli atti che non provochino un dolore simile a quello derivante da lesioni corporali gravi, fermo restando l'usuale requisito di intensità della sofferenza^{1371 1372}.

Quello che emerge, in generale, dall'analisi dell'esperienza degli Stati Uniti d'America è che, per quanto formalmente la tortura sia vietata, in questo ordinamento di *common law* sussistono «*differenti gradi di coercizione*», di cui alcuni ammissibili, i quali rendono le dichiarazioni così raccolte, mezzi di prova legale¹³⁷³. Il divieto assoluto di tortura si spezza riaffiorando, seppur al ricorrere di determinate condizioni, la tortura giudiziaria¹³⁷⁴. Tale aspetto, oltre

¹³⁷⁰ P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 217.

¹³⁷¹ La stessa amministrazione Obama revocò tutte quelle disposizioni concernenti la detenzione e l'interrogatorio dei detenuti, le quali erano state emanate nella precedente amministrazione, al fine di garantire una maggiore conformità agli obblighi sovranazionali. Executive Order n. 13.491, 22/01/2009, par. 3 (c).

¹³⁷² Tribunale penale per la ex Jugoslavia, *Karadžić*, TC, 24/03/16, par. 507; Tribunale penale per la ex Jugoslavia, *Brđanin*, cit., par. 251.

¹³⁷³ A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 181.

¹³⁷⁴ L. PATRUNO, *Il Congresso americano vara il "Military Commission Act": l'estremismo dello «stato di eccezione» e l'incostituzionalità delle sue regole "speciali"*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 20 ottobre 2006, *passim*.

ad emrgere nei *Torture Memos* in precedenza analizzati, risulta confermato dalle previsioni del *Detainee Treatment Act* del 2005 (di seguito DTA) e del *Military Commission Act* 2006 (di seguito MCA), frutto della «dottrina del terrore» promossa dal Presidente *Bush*¹³⁷⁵, normative poi parzialmente modificate dalla Corte Suprema per sanarne i vizi di incostituzionalità¹³⁷⁶. Con la storica sentenza *Boumediene et al. v. Bush* si è assistito ad una riaffermazione dei principi cardine di uno Stato di diritto, quale l'inviolabilità delle libertà fondamentali anche dei sospetti terroristi. Con questa pronuncia la Suprema Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità del par. 1005 (e) del DTA¹³⁷⁷ ed i parr. 7 a-b del MCA¹³⁷⁸, i quali avevano ristretto l'operatività delle garanzie legislative dell'*habeas corpus* per i prigionieri di Guantanamo. In primo luogo la Suprema Corte ha finito con il ravvisare la violazione della *Suspension Clause* (Art. I, § 9, comma 2 della Costituzione), la quale stabilisce che «*il privilegio dell' habeas corpus non sarà sospeso se non quando, in caso di ribellione o d'invasione, lo esiga la sicurezza pubblica*». Secondo la Corte l'applicazione della *Suspension Clause* non può essere pregiudicata dalla qualifica di *enemy combatants*, né dal trovarsi essi a Guantanamo, affrancandosi dal proprio precedente¹³⁷⁹, con cui aveva rifiutato di estendere

¹³⁷⁵ E. SCAROINA, *op. cit.*, 322.

¹³⁷⁶ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Boumediene et al. v. Bush (Al Odah et al V. United States)*, 553 U.S. 723 (2008), 12 giugno 2008.

¹³⁷⁷ Il par. 1005 (e) del DTA prevede che «nessuna corte o giudice avrà giurisdizione [...] per esaminare [...] un ricorso di habeas corpus [...] di uno straniero detenuto [...] a Guantánamo», attribuendo contestualmente una giurisdizione esclusiva alla corte distrettuale del *District of Columbia* (Washington D.C.) per l'esame delle decisioni emesse dai *Combatant Status Review Tribunals* (CSRTs), relativamente all'attribuzione della qualifica di *enemy combatants* (presupposto in base al quale l'amministrazione americana ha eluso l'applicazione a tali soggetti della III Convenzione di Ginevra sui prigionieri di guerra e delle altre norme rilevanti di diritto internazionale);

¹³⁷⁸ La sez. 7(a) del MCA ribadisce l'assenza di giurisdizione non solo sui writs di *habeas corpus* richiesti dai detenuti stranieri *enemy combatants*, ma anche su «qualsiasi altra azione contro gli Stati Uniti [...] relativamente ad ogni aspetto della detenzione, del trasferimento, del trattamento, del processo o del confino». La successiva sez. 7(b) prevedeva che la disciplina enunciata si applicasse retroattivamente a tutti i casi pendenti, anche qualora essi facessero riferimento a fatti o circostanze risalenti fino all'11 settembre 2001 (v. C.A. BRADLEY, *The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions*, in *American Journal of International Law*, 2007, 329 ss.). In effetti, sin dalle origini l'idea del Governo statunitense è stata proprio quella di sottrarre alla competenza delle corti federali qualsiasi aspetto relativo alla legittimità della detenzione dei nemici combattenti.

¹³⁷⁹ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

l'*habeas corpus* a cittadini stranieri, detenuti in una prigione tedesca durante l'occupazione degli alleati per violazioni del diritto di guerra. La *Suspension Clause* deve essere interpretata alla luce del significato della garanzia dell'*habeas corpus* nella Costituzione americana. La Corte Suprema sottolinea come la garanzia della libertà personale, nella costituzione americana, «sia strettamente legata al principio di separazione dei poteri, determinando quest'ultimo anche la portata della *Suspension Clause*»¹³⁸⁰, non potendosi di certo accogliere la tesi governativa secondo cui la Costituzione non si applicherebbe ai cittadini stranieri nella base di Guantanamo, poiché anche nel caso in cui gli Stati Uniti agiscano al di là dei loro confini, i loro poteri non sono «assoluti e illimitati», ma soggetti «alle restrizioni espresse nella Costituzione». In considerazione di ciò, la Corte conclude che ai nemici combattenti debba essere riconosciuto in pieno il privilegio del *writ of habeas corpus* e, nel caso in cui tale diritto venga loro negato per un qualsiasi motivo, nel rispetto della *Suspension Clause*, occorre sia istituito un rimedio alternativo «adeguato ed effettivo». Con tale sentenza la Corte ha ravvisato non solo la violazione della *Suspension Clause*, bensì anche l'inadeguatezza dei rimedi alternativi predisposti dal Governo e dal Congresso a favore degli *enemy combatant*¹³⁸¹, concludendo che: «*The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law*»¹³⁸².

3. La tortura e le cause di giustificazione

Occorre, ora, soffermarsi su di un'ulteriore questione riguardante la possibilità di scriminare il reato di tortura di cui all'art. 613-bis c.p. in virtù delle cause di

¹³⁸⁰ Sul punto, v., ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Boumediene et al. v. Bush, et al.; Al Odah et al. v. United States*, del 12 giugno 2008. Detenzione di cittadini non statunitensi nella base militare di Guantánamo. Habeas Corpus. Violazione della *Suspension Clause* (Art. I, § 9, cl. 2), in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 09 dicembre 2008, *passim*.

¹³⁸¹ N. NAPOLETANO, *Il ripristino dell'habeas corpus a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, n. 3.

¹³⁸² Corte Suprema degli Stati Uniti, *Boumediene et al. v. Bush (Al Odah et al. V. United States)*, 553 U.S. 723 (2008), 12 giugno 2008, 70.

giustificazione previste dal nostro Codice penale. L'attenzione sarà focalizzata sugli artt. 51 (adempimento di un dovere), 52 (legittima difesa), 53 (uso legittimo delle armi), 54 (Stato di necessità) c.p., dovendosi escludere, dall'analisi *de qua*, le scriminanti del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) e dell'esercizio del diritto (art. 51, comma 1 c.p.), le quali risultano intrinsecamente incompatibili in relazione al caso d'interesse, vista l'insussistenza di un diritto del torturato e del soggetto agente. Ragionando astrattamente, le scriminanti che verranno analizzate ben potrebbero costituire una delle modalità con cui, a posteriori e caso per caso, la tortura possa trovare una qualche forma di giustificazione. L'atto compiuto da un soggetto qualificato in determinate circostanze, pur se non coperto da alcuna norma autorizzativa, ben potrebbe essere reso lecito in virtù delle sopracitate scriminanti, che verrebbero, così, a configurarsi quali fonti dirette di poteri eccezionali in capo a tali soggetti dinanzi a situazioni emergenziali¹³⁸³. Sebbene esista l'art. 2 comma 2 della CAT secondo cui «nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione» possa essere invocata per giustificare la tortura, esso non può essere richiamato per escludere a priori l'applicazione delle scriminanti, le quali hanno come presupposto uno specifico conflitto di interessi e non una situazione di eccezionalità diffusa nella comunità¹³⁸⁴.

Un primo argomento in tal senso è stato individuato dalla dottrina¹³⁸⁵ nella circostanza che le scriminanti consentono, in peculiari contesti ed in presenza di un certo tipo di conflitto, la morte di una persona. La tortura non determina sempre la morte del soggetto passivo, risultando come elemento costitutivo della fattispecie un evento, ossia la causazione di gravi sofferenze fisiche o

¹³⁸³ E. SCAROINA, *op. cit.*, 326; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 15. Sul tema, con riguardo al panorama internazionale, v., A. ASHWORTH, *Security, Terrorism and the Value of Human Rights*, in B.J. GOOLD, L. LAZARUS (a cura di), *Security and Human Rights*, Oxford, 2007, 203 ss; F. JESSBERGER, *Bad torture-good torture?*, *cit.*, 1059-1073.

¹³⁸⁴ T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, 328.

¹³⁸⁵ *Ivi*, 329.

psichiche, che si considera «*qualcosa di meno*» rispetto alla morte. Trattandola come un caso escluso *a priori* in un eventuale conflitto si rischierebbe di determinare una ingiustificata preferenza con riguardo all'aspetto lesivo della tortura, prescindendo dalla logica del bilanciamento degli interessi ed introducendo, peraltro, elementi di irrazionalità in relazione a tali istituti giuridici di parte generale.

Inoltre, la tortura viene qualificata dallo Statuto di Roma quale crimine contro l'umanità, a cui è possibile applicare le cause di giustificazione della legittima difesa e dello stato di necessità, entro certi limiti e condizioni, le quali possono essere ravvisate in relazione a tutti i crimini, non comprendendosi, pertanto, la *ratio* di una aprioristica esclusione con riferimento a fatti di tortura commessi in un determinato ordinamento¹³⁸⁶.

La Convenzione Onu sancisce, altresì, che un ordine di un superiore gerarchico o di un'altra Autorità pubblica non possa essere invocato a giustificazione della tortura (Art. 2 c. 3 CAT). Mediante un ragionamento a *contrario sensu* si mette ancor più in evidenza l'impostazione generale della Convenzione, occupandosi la stessa di precisare solo la causa di giustificazione non suscettibile di trovare applicazione, facendo presupporre che le altre possano trovare una ragion d'essere.

Infine, è già stato ripetutamente sottolineato che l'art. 4 della Convenzione ONU sancisce un peculiare obbligo di criminalizzazione nei confronti dei Paesi aderenti. Una volta che una norma *ad hoc* volta a reprimere fatti di tortura e con un trattamento sanzionatorio effettivo abbia fatto ingresso nell'ordinamento interno, essa «*entra a far parte del diritto penale comune*»¹³⁸⁷, sottostando alle sue regole, non potendosi, così, escludere arbitrariamente l'applicazione della scriminanti.

Come si può evincere da quanto sopra esposto, se ne deduce che la cause di giustificazione rimangano sempre e comunque applicabili in via generale con riguardo alle varie fattispecie, non potendosi far venir meno la loro operatività

¹³⁸⁶ *Ibidem*.

¹³⁸⁷ *Ivi*, 331.

in relazione ai fatti costituenti tortura, non essendo precluse da alcuna norma vigente nel nostro sistema penale.

Se quanto appena esposto è ciò che vale in linea teorica, si può, fin d'ora, anticipare l'inclinazione della dottrina ad escluderne l'applicazione in riferimento alla struttura del delitto di tortura, adducendo la carenza dei requisiti delle scriminanti stesse¹³⁸⁸.

3.1. Tortura ed adempimento di un dovere

La scriminante dell'adempimento del dovere¹³⁸⁹ è la classica espressione del principio di non contraddizione secondo cui non si può imporre ad un soggetto un obbligo di agire e contemporaneamente minacciargli una sanzione per il caso in cui agisca¹³⁹⁰. Come già anticipato nel precedente paragrafo, il divieto

¹³⁸⁸ Per un'analisi sul punto, v., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 del 2017]*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Torino, 2018, 250-251; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 2117-2218; E. SCAROINA, *op. cit.*, 326-334; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 26.

¹³⁸⁹ L'articolo 51 c.p. sancisce che:« (1) [...] l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. (2) Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. (3) Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. (4) Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». Analogamente a quanto sancito dal comma 1 della scriminante *de qua* ed all'ultimo inciso dell'art. 1 CAT, il comma terzo della nuova fattispecie incriminatrice stabilisce l'inapplicabilità della norma nel caso in cui le sofferenze inflitte siano risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti poste in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. La disposizione risulta, peraltro, pleonastica tenuto conto della presenza della scriminante codificata di cui all'art. 51 c.p. di per sé idonea ad escludere l'antigiuridicità della condotta del pubblico ufficiale in occasione dell'esecuzione dei propri doveri istituzionali. In tal senso, v., *ex multis*, S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 gennaio 2019, 14; I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7-8, 2017, 159; L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Discrimen*, (web) - <http://www.discrimen.it>, 28 luglio 2018, 18.

¹³⁹⁰ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 322; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 271. Su tale principio, v., G. DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 567; I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 197; C. FIORE, S.

di operatività della scriminante *de qua* è da rinvenirsi primariamente nell'art. 2 c. 3 CAT¹³⁹¹, oltre che ricavabile implicitamente dai principi costituzionali alla base del nostro ordinamento^{1392 1393}.

Effettuate tali doverose premesse, assunta sempre come esempio la tortura per far rivelare ad un presunto terrorista la pianificazione di un attentato, si può concludere per l'inapplicabilità dell'art. 51 c.p., sia in quanto nessuna norma giuridica autorizza la tortura, sia perché l'ordine di torturare è palesemente illegittimo. In quest'ultimo caso, in particolare, risponderebbe di tortura sia l'autorità impartente l'ordine, sia l'esecutore dello stesso, dal momento che non si potrebbe applicare nei confronti di quest'ultimo il secondo comma della scriminante in esame, data l'assenza di un qualsivoglia errore di fatto in relazione all'esecuzione di un ordine legittimo (gli atti di tortura sono evidentemente illegittimi). Non potrebbe trovare applicazione, inoltre, il comma quarto dell'art. 51 c.p. con specifico riferimento al sindacato sulla legittimità dell'ordine dato che si tratterebbe sempre e comunque di un ordine manifestamente criminoso. In tal senso depone l'art. 1349 c. 2 del d.lgs. n. 66 del 15 marzo 2010 (Codice dell'ordinamento militare) il quale impone al

FIGORE, *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., Assago, 2020, 345-350; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Torino, 1990, 320.

¹³⁹¹ Interessante sottolineare che a partire dallo Statuto di Norimberga gli strumenti internazionali hanno sempre cercato di escludere che un subalterno potesse invocare, al fine di giustificare una propria condotta illecita, il fatto di aver agito in esecuzione di un ordine del governo o di un superiore gerarchico. Così, ad esempio, gli articoli 8 dello Statuto di Norimberga, 7 par. 4, dello Statuto TPI, 6, par. 4, dello Statuto TPIR e 33 dello Statuto CPI. Sul punto, v., G. ACQUAVIVA, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, Milano, 2014, 63. Come affermato dal Tribunale militare nel caso *Einsatzgruppen*, «il subordinato è obbligato ad obbedire solo agli ordini legittimi del suo superiore e, se accetta un ordine criminale e lo esegue intenzionalmente, non può appellarsi agli ordini superiori per difendersi». *Einsatzgruppen Case*, Tribunale militare statunitense, *United States v. Otto Ohlendorf et al.*, 10 aprile 1948, TWC, vol. IV, 470-471.

¹³⁹² E. SCAROINA, *op. cit.*, 333.

¹³⁹³ A tal proposito, né il generale obbligo in capo agli agenti di pubblica sicurezza di prevenire la commissione dei reati, né lo specifico obbligo a carico degli agenti di Polizia giudiziaria di ricercare le fonti di prova e di evitare che il reato venga portato a conseguenze ulteriori (art. 55. C.p.p.) possono essere adempiuti mediante condotte in contrasto con il divieto di cui all'art. 13 c. 4 Cost., di qualsiasi violenza fisica o morale contro persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. «Tale divieto esprime infatti una scelta di fondo del nostro sistema costituzionale, consistente nel rifiuto della violenza a scopi inquisitori e di polizia, quali che siano i controinteressati coinvolti». F. VIGANÒ, *Art. 51*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, 767-768.

militare cui venga impartito un «*ordine manifestamente rivolto*» contro le istituzioni statali o la cui esecuzione costituisca «*manifestamente reato*» l'obbligo di non eseguirlo e di informarne il prima possibile i superiori. La disposizione risulta perfettamente in linea con quanto sancito dall'art. 1348 c. 2 del medesimo decreto legislativo, secondo cui «*il comportamento del militare nei confronti delle istituzioni democratiche deve essere improntato a principi di scrupolosa fedeltà alla Costituzione repubblicana e alle ragioni di sicurezza*»¹³⁹⁴.

3.2. Tortura e legittima difesa

Il primo comma della legittima difesa sancisce che: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*»¹³⁹⁵. Tale causa di giustificazione rappresenta una deroga al principio del monopolio statale dell'uso della forza, nei casi in cui l'intervento dell'Autorità statale non possa essere tempestivo¹³⁹⁶. Risulterebbe, pertanto, contraddittorio che la stessa Autorità, incapace di proteggere in altri modi il bene sicurezza, dovesse ricorrere ad un mezzo da considerarsi per definizione illegittimo¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ Tale aspetto è evidenziato da E. SCARONA, *op. cit.*, 333-334.

¹³⁹⁵ Per un'analisi della causa di giustificazione, v., G. PENSO, *La legittima difesa nel nuovo codice penale*, Messina, 1936, *passim*; E. ALTAVILLA, Voce *Difesa legittima*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 61 ss; M. BOSCARELLI, Voce *Legittima difesa* (diritto penale), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 57; C. F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964; ID., Voce *Legittima difesa* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 27 ss; ID., *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo, nello stato di necessità e nella legittima difesa*, in *Studi Antolisei*, II, 1965, 53; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 283; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 248; T. PADOVANI, Voce *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 496 ss; ID., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 675 ss; ID., *Difesa legittima di interessi patrimoniali e facoltà di arresto da parte del privato*, in *Giur. it.*, 1975, II, 609.

¹³⁹⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 283; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 249.

¹³⁹⁷ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 333-334. A sostegno di quanto affermato ricorre il comma terzo dell'art. 613-bis concernente la *lawful sanctions clause*, secondo cui, fuori dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti, l'uso della tortura da parte dei pubblici poteri è illegittimo, «*poiché integra una distorsione delle forme del loro esercizio*». Sul punto, cfr., M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, [L. 110/2017], in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *op. cit.*, p. 251. Da questo punto di vista, quindi, l'Autorità ed i privati si trovano in condizioni

Iniziando con l'analisi del primo requisito, al fine di valutare, in concreto, la compatibilità della scriminata con l'art. 613-bis c.p., si deve precisare che quando ci si riferisce «*all'attualità del pericolo*» si rimanda alla minaccia di un pericolo non solo imminente, ma anche perdurante, rendendosi la condotta necessaria al fine di evitare un danno futuro e non più efficacemente prevenibile a posteriori¹³⁹⁸. E' ovvio che, essendo il torturato nelle mani del torturatore, egli si trovi nelle condizioni di non nuocere ad alcuno, non incarnando alcun pericolo diretto ed immediato. In un tale contesto, inoltre, il pericolo si prospetterebbe solo come eventuale, «*posto che la minaccia di un futuro attentato ha natura meramente potenziale di talché l'azione dei pubblici poteri sarebbe eminentemente preventiva*»¹³⁹⁹.

Con riguardo all'ulteriore requisito dell'ingiustizia dell'offesa, seppur è vero che un'omissione possa di per sé integrare tale requisito¹⁴⁰⁰, in realtà il rifiuto di proferire parola da parte del terrorista non integrerebbe un obbligo giuridico di parlare¹⁴⁰¹. Potrebbe assumere quest'obbligo solo una volta che sia stato giudicato definitivamente, divenendo testimone assistito, ma non prima rispetto a quel momento, non avendo lo stesso alcun obbligo di collaborare con gli organi inquirenti, proprio in virtù del suo diritto al silenzio, *ex art. 64, comma 3, lett. b) c.p.p.* Tale orientamento pare condivisibile qualora l'offesa ingiusta sia individuata nella condotta di rimanere in silenzio e non, invece, nell'attentato da sventare¹⁴⁰².

decisamente differenti. Se per difendere un diritto altrui l'autorità facesse ricorso ai medesimi strumenti che sono a disposizione di un privato, si ricadrebbe in una sorta di negazione del potere pubblico, il quale risulterebbe svuotato di qualunque strumento legale per porre in essere la propria azione e dovrebbe agire, al di fuori della legalità. Cfr. T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 334. V., altresì, E. SCAROINA, *op. cit.*, 333.

¹³⁹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 285. V., altresì, C. ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in S. MOCCIA (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 243.

¹³⁹⁹ E. SCAROINA, *op. cit.*, 330.

¹⁴⁰⁰ T. PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 675 ss.

¹⁴⁰¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., p. 332.

¹⁴⁰² A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2118.

Con riguardo al requisito della costrizione dalla necessità, ossia all'impossibilità di agire altrimenti facendo ricorso a mezzi legittimi, potrebbe costituire un requisito non integrabile, ben potendo il pubblico ufficiale ricorrere, a seconda del caso concreto, «*ad altri strumenti di prova legittimamente previsti dall'ordinamento*»¹⁴⁰³. Non solo. Se la *ratio* della scriminante va individuata nel garantire al privato l'autotutela in caso di mancata protezione da parte dello Stato, tale circostanza impedirebbe l'applicazione dell'art. 52 nel caso in cui, come quello in esame, la condotta fosse posta in essere da un soggetto che agisse per conto dello Stato. Si tratterebbe di una fattispecie in cui «*la stessa autorità dovrebbe ritenersi costretta per l'impossibilità di ricorrere a se medesima*»¹⁴⁰⁴. Il rischio sarebbe quello di una generalizzazione, consentendo il ricorso alla tortura in presenza di un crimine connotato da una particolare gravità, determinando l'immedesimazione della pubblica autorità nella situazione del privato, giungendo all'esito paradossale di negare interamente se stessa.

Infine, rivelandosi «*eccessiva (quanto a tasso di violenza e crudeltà) e asimmetrica (nella relazione tra carnefice e vittima)*»¹⁴⁰⁵ non vi è chi non veda come gli atti di tortura appaiano del tutto sproporzionati, mai potendo la stessa essere giustificata alla stregua di un bilanciamento tra i beni in gioco. Non è un caso che la dottrina ritenga la tortura un fatto «*antidemocratico, antigarantista ed antiumanitario*»¹⁴⁰⁶.

3.3 Tortura e stato di necessità

L'art. 54 c.p., che prevede la non punibilità di chi abbia commesso un fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di

¹⁴⁰³ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁴ T. PADOVANI, *Tortura*, cit. 333.

¹⁴⁰⁵ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 141. V., altresì, G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello Stato di necessità*, Napoli, 1978, 232.

¹⁴⁰⁶ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 171; F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983, 17 ss; F. RUGGIERI, *Le prove trovate con la forza*, in A. GIANNELLI, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 201 ss; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 3123; E. SCAROINA, *op. cit.*, 311.

un danno grave alla persona, pericolo non volontariamente causato, né altrimenti evitabile e sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo¹⁴⁰⁷, è la scriminante che, almeno a livello teorico, meglio si addice alla situazione in cui vi sia in gioco la vita di potenziali vittime di attentati.

Non è un caso, invero, che in Italia ed in Germania si sia ricorsi allo stato di necessità per scriminare l'azione dei pubblici funzionari nei casi in cui avessero ecceduto dai loro poteri conferiti per legge per sventare «*gravi pericoli a carico di soggetti determinati o dell'intera collettività*»¹⁴⁰⁸. La necessità di salvare vite umane ed il riferimento alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 costituiscono il «*leit-motiv*» della c.d. linea della trattativa, in contrapposizione alla linea della fermezza sostenuta dalle istituzioni statali con riguardo alla richiesta del rilascio di ostaggi da parte di gruppi eversivi¹⁴⁰⁹.

Si pensi al sequestro del magistrato genovese Mario Sossi nel 1974 avvenuto ad opera dell'organizzazione terroristica delle Brigate Rosse. Quest'ultima mirava ad ottenere una sorta di «*scambio di ostaggi*», annunciando che il magistrato sarebbe stato ucciso in caso di mancata liberazione di alcuni detenuti in attesa di giudizio. Sulla base dell'art. 277 c.p.p., i magistrati genovesi aderirono alla richiesta delle Brigate Rosse pronunciandosi sulla libertà provvisoria, richiamando implicitamente alcuni requisiti della scriminante di cui all'art. 54 c.p., quali «*la gravità e l'imminenza del pericolo incombente sulla vita dell'ostaggio*» e «*l'inderogabile e indilazionabile necessità di impedirne l'omicidio*»¹⁴¹⁰. Tale provvedimento non fu mai eseguito per decisione del Procuratore generale Dott. Coco (successiva vittima delle Brigate Rosse) e venne immediatamente impugnato, in quanto ritenuto

¹⁴⁰⁷ Per un esame dello stato di necessità, cfr., *ex multis*, C. AIELLO, *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, *passim*; G. AZZALI, *Voce Stato di necessità*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971, *passim*; E. CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939, *passim*; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 304; G. INSOLERA, *Riflessioni sullo stato di necessità*, in *Quest. crim.*, 1980, 65; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 258; A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, *passim*; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, *passim*.

¹⁴⁰⁸ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 15.

¹⁴⁰⁹ A. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità e motivi apprezzabili"*, in *Foro it.*, 1984, II, 232.

¹⁴¹⁰ C. Ass. App. Genova, 20 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, 545.

illegittimo ed annullato dalla Corte di cassazione¹⁴¹¹. Invero, anche laddove si ravvisi, in capo agli organi statali il dovere di tutelare il diritto alla vita di un ostaggio (il magistrato nel caso de qua) si dovrebbe comunque effettuare un bilanciamento tra quest'ultimo bene «*e i controinteressi, di fondamentale rilevanza costituzionale, coinvolti: tra cui il principio della soggezione dei giudici alla legge (art. 101 Cost.) e lo stesso principio di eguaglianza*»¹⁴¹².

In definitiva, quindi, la conclusione del caso Sossi ha sancito la ripulsa dello stato di necessità, «*quale criterio di affievolimento degli istituti in cui si concreta l'autorità della giustizia penale*»¹⁴¹³.

Invocazione, questa volta espressa, dello stato di necessità si ebbe in relazione ad un'altra vicenda italiana da parte di alcuni agenti del NOCS (nucleo operativo centrale sicurezza) che sottoposero un terrorista a violenze fisiche e morali, nel contesto delle indagini relative al rapimento del generale americano *James Lee Dozier*¹⁴¹⁴, avvenuto ad opera dei brigatisti, il 17 dicembre 1981¹⁴¹⁵. La difesa, infatti, invocava nel processo l'applicazione della scriminante¹⁴¹⁶,

¹⁴¹¹ Cass., 17 giugno 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, 545.

¹⁴¹² F. VIGANÒ, *Art. 51*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *op. cit.*, 767. E' proprio con riguardo al principio di uguaglianza che lo scambio di ostaggi costituirebbe un incentivo per nuovi ricatti e conseguenti cedimenti da parte di uno Stato, «*con il risultato di rendere viepiù difficoltoso l'adempimento del compito primario dell'ordinamento di garantire la vita e la sicurezza della generalità dei cittadini*». V., altresì, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 24; 438. Secondo l'A. lo scambio dei prigionieri astrattamente poteva essere coperto dall'art. 54 c.p., tuttavia ciò avrebbe determinato la mancata punibilità per i reati commessi dai magistrati genovesi (abuso di ufficio o procurata evasione), ma soprattutto «*una qualificazione di oggettiva liceità della condotta medesima e quindi dello stesso provvedimento di concessione della libertà provvisoria*».

¹⁴¹³ D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 232.

¹⁴¹⁴ Trib. Padova, 15 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, II, 230 ss, con nota di D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità e motivi apprezzabili*.

¹⁴¹⁵ Sulla base delle informazioni acquisite da un brigatista, il 28 gennaio 1982 i NOCS fecero irruzione nell'appartamento dove il generale era detenuto, lo liberarono ed arrestarono i cinque componenti delle Brigate Rosse che lo avevano tenuto in ostaggio. Nei giorni successivi essi furono sottoposti ad una serie di interrogatori ad opera della polizia, durante i quali furono sottoposti a maltrattamenti di vario tipo: finte fucilazioni, scosse elettriche ai genitali, calci, schiaffi e minacce di violenza sessuale rivolte alle prigioniere. Cinque dei quattro brigatisti rivelarono una serie di informazioni che servirono a localizzare un covo terroristico, uno degli arrestati, invece, si rifiutò di parlare, venendo così sottoposto a reiterate minacce di morte, sottoposto a ripetute percosse a seguito delle quali riportò una lesione ad un timpano e fu costretto ad ingerire una mistura di acqua e sale.

¹⁴¹⁶ Secondo la difesa il pericolo rappresentato dall'esistenza di formazioni eversive quali le Brigate Rosse era attuale, perché l'attività di tali bande erano fatti tristemente noti e la semplice esistenza delle stesse costituiva un reato permanente. Inoltre si trattava di un pericolo grave

tesi che veniva prontamente rigettata dal Tribunale, facendo leva, quest'ultimo, sull'argomentazione che «*Le informazioni che si ottengono mediante il ricorso a violenze morali e fisiche nei confronti degli arrestati, sono utili ma non assolutamente necessarie per la lotta al terrorismo; vi sono altri modi legali, più efficaci, per combatterlo, e la storia di questi anni recenti lo ha dimostrato in modo certo, perché essi si sono rivelati vincenti*»^{1417 1418}. In tal caso, quindi, il pericolo venne ritenuto altrimenti evitabile con i mezzi legali a disposizione dello Stato. Si tratta di una argomentazione di cui la dottrina¹⁴¹⁹ ne evidenzia la pericolosità in contesti in cui le informazioni per salvare vite umane siano assolutamente necessarie e non siano acquisibili altrimenti che con mezzi illeciti, come accade in quei contesti in cui il sequestrato si trovi ancora nella mani dell'organizzazione terroristica e solo alcuni componenti della stessa siano stati arrestati.

Dai casi giudiziari sopra esposti si evince come la linea seguita dal nostro Paese sia stata quella della fermezza e del rifiuto ad ogni trattativa con i terroristi e che allo stato di necessità seppur invocato talvolta implicitamente (come nel sequestro Sossi), talaltra espressamente (come nel caso *Dozier*), venne sempre disconosciuta l'efficacia scriminate¹⁴²⁰.

La questione stato di necessità e poteri dell'autorità è stata approfondita, altresì, in un contesto politico-giuridico-culturale affine a quello italiano, ossia in Germania, Paese caratterizzato dall'emergenza terroristica degli anni Settanta. Basti pensare a due vicende analoghe a quelle italiane concernenti il

non per i singoli, ma per una intera collettività. Infine, per salvare il Paese dal pericolo rappresentato dalle attività criminose poste in essere da tali bande armate, qualunque mezzo necessario sarebbe stato proporzionato e da ritenere quindi giustificato «*anche al di là [...] delle tipizzazioni legali - sostanziali e processuali - dei modi d'intervento legittimi*» Sul punto v., D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 321; F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 20-21. Trib. Padova, 15 luglio 1983, cit., 266.

¹⁴¹⁷ V., Tribunale di Padova, 15 luglio 1983, 267.

¹⁴¹⁸ La sentenza del Tribunale di Padova venne poi confermata in Cassazione.

¹⁴¹⁹ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 23. Il Tribunale di Padova, invero, aveva risolto la questione in relazione al caso di specie e non in via generale, rimanendo così aperto il problema «*con tutta la sua inquietante portata*». D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 231-232.

¹⁴²⁰ Si pensi, altresì, al caso Moro, in cui la linea adottata dall'Italia fu quella di mantenere stabile il principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri, «*con conseguente ripulsa di ogni Staatsnotstand destinato a coprire deviazioni dalla legalità*». F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 23.

rapimento del politico cristiano-democratico *Peter Lorenz* nel 1975 e qualche anno più tardi, nel 1977, del Presidente di Confindustria tedesca, *Hans Martin Schleyer*¹⁴²¹. Nel caso *Lorenz* il governo federale era ben consapevole della rilevanza penale della liberazione di cinque terroristi, integrante i reati di procurata evasione e di favoreggiamento da parte di pubblico ufficiale (§§ 120 e 258 a StGB), tuttavia tale condotta fu scriminata invocando lo stato di necessità *ex par.* 34 StGB¹⁴²², ritenendosi la liberazione dei prigionieri l'unica «*via praticabile per salvare la vita dell'ostaggio, esposta ad un pericolo grave ed attuale*»¹⁴²³. Diverse furono le sorti del Presidente di Confindustria *Schleyer*, il quale venne ucciso dai rapitori, essendo stato respinto dalla Corte costituzionale tedesca il ricorso dei familiari della vittima avverso la decisione del Governo di non assecondare l'«*apertura allo scambio*» alle condizioni stabilite dai rapitori dell'uomo, argomentando come la Costituzione federale fondi un vero e proprio dovere di tutela della vita non solo nei confronti dei singoli, ma anche verso la totalità dei cittadini, avallando, peraltro, la tesi governativa secondo la quale lo stato di necessità doveva di fatto considerarsi come una norma attributiva di un potere eccezionale di risposta flessibile a situazioni di emergenza senza che, peraltro, la rottura della legalità dovesse

¹⁴²¹ Per una approfondita ricostruzione delle vicende v., W. KÜPER, *Darf sich der Staat espresen lassen?*, Heidelberg, 1986, *passim*. In particolare, il politico *Lorenz* venne sequestrato da un gruppo di terroristi di estrema sinistra i quali chiesero, quale prezzo per il suo rilascio, la liberazione di cinque terroristi che già stavano scontando pene particolarmente lunghe per aver commesso delitti contro la persona e l'ordine pubblico, oltre all'ottenimento del permesso di poter espatriare nello Yemen del Sud. Con riguardo alla successiva vicenda del Presidente di Confindustria *Schleyer*, i sequestratori condizionarono il rilascio dell'ostaggio alla liberazione di undici componenti della banda “*Baader Meinhof*”. Tuttavia, mentre nel primo caso la Germania acconsentì alle richieste dei rapitori, ottenendo il rilascio del politico, nel secondo, il governo federale si oppose fermamente.

¹⁴²² Il par. 34StGB sancisce che «*chi commette un fatto per allontanare da sé o altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce anti giuridicamente se nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ovvero tra i beni giuridici offesi ed il grado del pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello leso. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo*». Per una traduzione della norma v., S. VINCIGUERRA, *Codice penale tedesco*, Padova, 1994, *passim*.

¹⁴²³ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 17-18. L'A. sottolinea che nel bilanciamento tra due beni, quali la vita umana da un lato e l'esecuzione delle pene dall'altro, quest'ultimo sarebbe risultato soccombente data la «*modestia e riparabilità del danno provocato dalla liberazione dei prigionieri*», rispetto alla preminente «*irrimediabilità del danno minacciato alla vita dell'ostaggio*».

considerarsi addirittura come l'oggetto di uno specifico dovere a carico degli organi statali¹⁴²⁴.

La reazione della Germania all'emergenza terroristica fu divergente rispetto alla linea di fermezza adottata dal nostro Paese. Sia il Governo federale, sia la Magistratura invocarono direttamente la scriminante di cui al § 34 StGB per consentire all'esecutivo di muoversi liberamente nella lotta contro il terrorismo, al di fuori da ogni vincolo legalistico: ciò in funzione di una risposta talvolta flessibile e conforme ad una linea lassista, talaltra improntata ad un maggior rigore¹⁴²⁵.

Come analizzato in precedenza, in Germania un ruolo fondamentale è svolto dalla dimensione costituzionale. L'intangibilità della dignità umana e l'obbligo in capo ad ogni potere statale di rispettarla e proteggerla, impone allo Stato di ergersi quale tutore della vita, difendendola anche dagli attentati illegittimi da parte di terzi, dovendosi allineare a tale principio tutti gli organi dello Stato. L'importanza del disposto costituzionale, lo si è visto, è stata evidenziata nel caso *Gäfigen*. In tale sede interessa rilevare la circostanza che lo stato di necessità sia stato invocato dalla difesa degli agenti di polizia, sostenendo che a seguito del bilanciamento tra la libertà morale del signor *Gäfigen* e la salvezza della vita del bambino, quest'ultimo bene doveva certamente ritenersi prevalente alla luce della causa di giustificazione di cui al § 34 StGB¹⁴²⁶. La Corte regionale di Francoforte sul Meno respingeva le argomentazioni difensive ritenendo insussistenti i requisiti delle scriminanti della legittima difesa (*Notwehr* di cui al § 32 StGB nella forma della *Nothilfe*) e dello stato di necessità¹⁴²⁷.

¹⁴²⁴ Facendo leva sul precedente del 1975, i familiari della vittima assumevano l'esistenza di un vero e proprio dovere di proteggere la vita delle persone. La Corte ritenne che una identica decisione non potesse essere imposta in tutti i casi di sequestro, anche per evitare che si potessero generare delle aspettative nei confronti dei terroristi, incoraggiando l'illiceità delle condotte. Sarebbe spettato esclusivamente al Governo federale la discrezionalità di come agire nel caso concreto. V., BverfG 46 (1977), 160, in *Foro it.*, IV, 1978, 222.

¹⁴²⁵ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 22.

¹⁴²⁶ La vicenda è analizzata da E. SCAROINA, *op. cit.*, 209-215.

¹⁴²⁷ *GroßStrafkammer des Frankfurter Landgerichts del 20 dicembre 2004 (AZ: 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 4/04).*

In primo luogo, invero, la minaccia dell'utilizzo della forza non rappresentava né il mezzo meno grave, né l'unico a disposizione degli agenti di polizia, non potendo essere così integrati i requisiti della necessità e la non evitabilità altrimenti del pericolo. I metodi utilizzati, inoltre, si ponevano in contrasto con il fondamentale valore della dignità umana, che le autorità statali avrebbero dovuto preservare, ritenendosi gli stessi del tutto sproporzionati¹⁴²⁸.

La pronuncia della Corte si sofferma, altresì, sul § 35 del codice penale tedesco e sul § 17 concernente l'errore di diritto.

La prima disposizione, che definisce la necessità come una scusa¹⁴²⁹, è applicabile solo qualora si cerchi di scongiurare un pericolo che riguardi la propria persona, un parente o una persona strettamente vicina. Ovviamente questa circostanza non si è verificata nel caso *Dashner* in relazione al bambino rapito.

Con riguardo, invece, all'errore di diritto¹⁴³⁰, la Corte ha ritenuto che il vice-capo della polizia di Francoforte fosse consapevole che la sua condotta, almeno potenzialmente, potesse essere vietata dalla legge, poiché in quanto esperto ufficiale di polizia, ben conosceva il § 136 a del Codice di procedura penale tedesco, il quale proibisce espressamente l'uso della forza e della coercizione, compresa la tortura.

¹⁴²⁸ M. GUR-AYE, *The Protection of Human Dignity in Interrogations*, cit., 243-244.

¹⁴²⁹ § 35 (*Necessity as defence*) del Codice penale tedesco: «(1) *Whoever, when faced with a present danger to life, limb or liberty which cannot otherwise be averted, commits an unlawful act to avert the danger from themselves, a relative or close person acts without guilt. This does not apply to the extent that the offender could be expected, under the circumstances, to accept the danger, in particular because said offender caused the danger or because of the existence of a special legal relationship; the penalty may, however, be mitigated pursuant to section 49 (1), unless the offender was required to accept the danger on account of the existence of a special legal relationship.* (2) *If, at the time of the commission of the act, a person mistakenly assumes that circumstances exist which would provide an excuse under the terms of subsection (1), that person incurs a penalty only if the mistake was avoidable. The penalty must be mitigated pursuant to section 49.*».

¹⁴³⁰ § 17 (*Mistake of law*) del Codice penale tedesco: «*If, at the time of the commission of the offence, the offender lacks the awareness of acting unlawfully, then the offender is deemed to have acted without guilt if the mistake was unavoidable. If the mistake was avoidable, the penalty may be mitigated pursuant to section 49.*».

Proprio in virtù di tali ragioni, nessuna scriminante ha potuto giustificare l'operato dei pubblici ufficiali, escludendone la responsabilità penale nel caso di specie.

In definitiva, sebbene in linea teorica possa ritenersi applicabile lo stato di necessità al fine di eliminare l'antigiuridicità della condotta illecita posta in essere da soggetti muniti di qualifica pubblicistica, al fine di ottenere confessioni volte a salvare vite umane, potendosi astrattamente ravvisare «*l'attualità del pericolo*», da intendersi nella prospettiva di un danno imminente ovvero di una circostanza in cui il danno potrebbe farsi attendere anche per un lungo periodo di tempo (pericolo perdurante)¹⁴³¹, la «*non volontaria causazione*» dello stesso da parte di chi intendesse avvalersi della scriminante, «*l'inevitabilità altrimenti del pericolo*», non essendovi altro modo per sventare l'attentato alla vita umana (soprattutto nell'ipotesi prospettata da Dershowitz, mancando il tempo per trovare l'ordigno con altri strumenti) ed il fatto appaia proporzionato al pericolo¹⁴³², il requisito che pone maggiori problemi risulta essere quello della «*costrizione*». Occorre, però, soffermarsi sulla natura della norma *de qua* in quanto, sebbene dottrina prevalente riconduca l'art. 54 c.p. nell'alveo delle cause di giustificazione (richiamando la logica del bilanciamento degli interessi e facendo prevalere l'interesse maggiore)¹⁴³³, altra parte lo riconduce alle cause di esclusione del reato, tra le scusanti (caratterizzate da un giudizio sull'inesigibilità della condotta¹⁴³⁴, fondato sulla posizione giuridica di chi reagisce ed al quale non può essere mosso alcun rimprovero, non potendosi esigere ragionevolmente dallo stesso un comportamento divergente rispetto a quello che è stato concretamente tenuto). Proprio tale doppia natura dello stato di necessità ha fatto sì che parte

¹⁴³¹ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 584.

¹⁴³² In tal senso T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 334.

¹⁴³³ Cfr., *ex multis*, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 309; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., 1986, 392; G. V. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 24 ss; F. C. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op. cit.*, 332 ss; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 258; A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 37; M. ROMANO, *Art. 54*, in *Commentario sistematico del codice penale* (artt. 1-84), 2004, III ed., 576.

¹⁴³⁴ R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 139; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020, 341.

della dottrina si sia fatta portatrice di una particolare interpretazione di quest'ultimo requisito¹⁴³⁵. Si tratta, invero, di un termine dotato di una particolare ambiguità semantica, suscettibile di alludere tanto ad una situazione oggettiva di incompatibilità dei beni valutabile da un osservatore esterno indipendentemente dalla rappresentazione della stessa da parte del soggetto agente, quanto ad un requisito di natura soggettiva, collegato al processo di motivazione alla base della condotta necessitata. Pur senza soffermarsi sul dibattito dottrinale che ruota intorno al termine¹⁴³⁶, pare che la rilevanza della costrizione sia da individuarsi in una via di mezzo tra queste due posizioni¹⁴³⁷. Bisognerà accertare se i conflitti tra i beni in gioco siano personalmente riferibili al soggetto agente e se la costrizione, nell'ambito del soccorso di necessità¹⁴³⁸ verso il terzo, abbia comportato un coinvolgimento emotivo del soggetto agente pari a quello che avrebbe potuto provocare una minaccia diretta nei suoi stessi confronti. Pertanto, se una qualche forma di giustificazione possa essere ravvisata nel caso in cui il soggetto attivo agisca per salvare un prossimo congiunto o persone a lui particolarmente legate, non potrebbe dirsi lo stesso in relazione agli agenti della forza pubblica, avendo questi ultimi ricevuto un particolare addestramento e disponendo gli stessi di un idoneo equipaggiamento atto a fronteggiare il pericolo¹⁴³⁹.

Valutare la funzione pubblica come «costrittiva» appare pericoloso, perché rischia di garantire una eccessiva giustificazione del ricorso alla tortura. Ogniquale volta si ponesse di fronte al pubblico ufficiale la necessità di tutelare beni dei cittadini sarebbe giustificato il ricorso a strumenti extralegali¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁵ C. F. GROSSO, *Difesa Legittima e stato di necessità*, 1964, 240; A. MOLARI, *op. cit.*, 37.

¹⁴³⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 592-594.

¹⁴³⁷ C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, 379.

¹⁴³⁸ U. GIULIANI BALESTRINO, *Dovere di soccorso e stato di necessità*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1981, 891.

¹⁴³⁹ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 601. V., altresì, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 56.

¹⁴⁴⁰ Ci si deve chiedere allora se, nel caso del terrorista che conosca la collocazione della bomba, rispetto all'agente pubblico possa riconoscersi un conflitto che lo coinvolga personalmente. Si potrebbe dire in maniera molto forzosa che egli, avendo il compito di

laddove ricorressero, ovviamente, gli altri presupposti dello stato di necessità, rendendo il soggetto agente «arbitro del destino»¹⁴⁴¹.

Come sottolineato da autorevole dottrina, lo scambio degli ostaggi e «l'inquisizione con qualsiasi mezzo», pur presentando elementi di analogia (quali la necessità di salvare delle vite umane) divergono, fuoriuscendo dal modello legale formale in direzioni opposte: «nell'un caso andando incontro agli interessi individuali, di per sé non meritevoli di riconoscimento, ma strumentali in concreto alla «salvezza» del bene (vita) da salvaguardare; nell'altro caso, andando incontro a pretese dell'autorità, non riconosciute dall'ordinamento nel bilanciamento contro interessi individuali, ma ancora una volta funzionali o necessarie all'adempimento della funzione istituzionale di tutela»¹⁴⁴².

Non si ritiene praticabile, quindi, la strada dello stato di necessità per rideterminare il rapporto tra i fini ed i mezzi impiegati dalle forze di polizia per ottenere informazioni utili volte a sventare attentanti, smantellare organizzazioni terroristiche e salvare vite umane. In tal caso, infatti, l'invocazione dello stato di necessità andrebbe oltre la logica della sua funzione scriminante, legittimando una espansione del potere dell'autorità nella forma della tortura. Quest'ultima non può essere considerata quale unico mezzo per ottenere eventuali informazioni utili in nome della tutela della collettività¹⁴⁴³.

Prima ancora della verifica fattuale dell'assenza dei requisiti dello stato di necessità è bene tenere presente che la mancanza di una efficacia scriminate ha valore di principio normativo inderogabile. Gli strumenti di ricerca della verità, invero, sono rinvenibili nella legge processuale oltre che ricavabili dai dettami sovranazionali. Il diritto internazionale pattizio prescrive l'inutilizzabilità

tutelare la vita dei cittadini, si senta «costretto» a ricorrere a mezzi illeciti per salvare gli innocenti che verrebbero uccisi o feriti nell'attentato.

¹⁴⁴¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 337.

¹⁴⁴² D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 232.

¹⁴⁴³ Cfr. D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 233. Secondo L'A. «le informazioni estorte con violenza sono utili, ma non assolutamente necessarie per la lotta al terrorismo; vi sono altri modi legali più efficaci».

processuale degli elementi di prova estorti mediante tortura¹⁴⁴⁴. Altrettanto accade nel nostro ordinamento da quando, con l'art. 191 c.p.p. (che già ante legge 110/2017 prevedeva il divieto probatorio e la conseguente inutilizzabilità della prova assunta in modo illegittimo) novellato nel 2017, si rimarca tale divieto prevedendo che le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non siano comunque utilizzabili, «salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Il principio di legalità formale, del giusto processo e di legalità nell'acquisizione delle prove sono posti a presidio di interessi e diritti fondamentali che non possono essere in alcun modo negati. La logica espressa da tutto il sistema è che il fine non giustifichi i mezzi¹⁴⁴⁵. Ciò non deve portare a ritenere una inapplicabilità assoluta della causa di giustificazione di cui all'art. 54 in relazione ai soggetti muniti di qualifica pubblicistica, ma il suo riconoscimento deve sempre trovare una legittimazione dinanzi all'ordinamento giuridico complessivo, «nelle forme e contesto dei bilanciamenti operati dalla legge nei diversi campi di materia e di attività (e nel quadro di eventuali vincoli costituzionali)»¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁴ Cfr. art. 15 CAT: "Ogni Stato Parte vigila affinché ogni dichiarazione in cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura non possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura, al fine di determinare che una dichiarazione è stata resa". Analogamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 01 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05.

¹⁴⁴⁵ «La legittimazione dei mezzi deve risultare dall'ordinamento legale, in esito a bilanciamenti di interessi che l'applicatore processuale potrà essere chiamato discrezionalmente a concretizzare, giammai ad immutare». D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 235.

¹⁴⁴⁶ In virtù del principio di legalità, qualora si intendesse attribuire rilievo a situazioni di necessità, ciò dovrebbe essere demandato al legislatore o, come sostenuto dalla dottrina, ad atti aventi forza di legge ex art. 77 Cost. (D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 235) e non rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante. Negli ultimi anni si è assistito al proliferarsi della legislazione emergenziale, intervenendo il legislatore in prossimità di alcuni attentati terroristici. Le scelte legislative sono state, però, caratterizzate da una particolare «fretta» (v., R. WENIN, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2016, 4, 112), con frequente ricorso alla decretazione di urgenza in materia. Tale tipo di intervento normativo è stato fortemente criticato, trovandosi a dar luogo ad un diritto penale simbolico caratterizzato da una tecnica di formulazione normativa carente, ciò spesso in violazione del principio di determinatezza. Sugli aspetti problematici della legislazione di emergenza, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, 115. Sul diritto penale simbolico, v., *ex multis*, F. PALAZZO, *Per un piano di salvataggio della giustizia penale contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455. Sarebbe, quindi, opportuno individuare aprioristicamente a

3.4. Tortura ed uso legittimo delle armi

L'art. 53 c.p. scrimina il far uso ovvero l'ordine di fare uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica qualora il pubblico ufficiale sia costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità, facendo venire meno l'antigiuridicità del fatto, rendendolo lecito in tutto l'ordinamento¹⁴⁴⁷.

Premesso che per le ragioni esposte in relazione alle precedenti cause di giustificazione verrebbe a mancare il requisito implicito della proporzione¹⁴⁴⁸, nel caso in cui si chieda se sia legittimo torturare il terrorista in nome della sicurezza collettiva, non si porrebbe alcun problema in termini di respingimento di una violenza, bensì in relazione alla vincita di una resistenza, la quale, come è noto, può presentarsi anche nella forma passiva^{1449 1450}. La

livello normativo una soglia minima del rigore penalmente rilevante ed una soglia massima della coercizione non illegittimamente adoperabile nei confronti degli imputati trattati in stato di arresto, ciò nel nome e nel pieno rispetto del principio di legalità. D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 235.

¹⁴⁴⁷ T. DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *Arch. pen.*, I, 1972, 175; A. MARINI, *Voce uso legittimo delle armi: diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, XX, 1975, 261; D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994, 1. Per una ulteriore disamina della scriminante, si veda, *ex multis*, L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979, *passim*; S. ARDIZZONE, *Voce uso legittimo delle armi*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 976; L. BITETTI, *Sull'uso legittimo delle armi*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 701; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 299 ss; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 265; P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in *Annuali fac. giur.*, Genova, 1971, 145; V. STEIN, *Uso legittimo delle armi*, in *Riv. pen.*, 1936, 1290.

¹⁴⁴⁸ Il requisito della proporzione, inteso come bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce della situazione concreta, come è noto costituisce un limite non espressamente nominato nella norma in ragione anche della matrice politico-autoritaria che ne ha ispirato l'introduzione, ma implicitamente deducibile ed applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione (L. ALIBRANDI, *op. cit.*, 99; T. DELOGU, *op. cit.*, 196; A. MARINI, *Voce uso legittimo*, cit., 266) ovvero quale criterio che comunque vincola l'attività della P.A., costituendo attuazione del principio di imparzialità ex art. 97. Cost. (T. DELOGU, *op. cit.*, 200; P. L. VIGNA, G. BELLAGAMBA, *La legge sull'ordine pubblico: commento articolo per articolo della legge 22 maggio 1975 n. 152*, Milano, 1975, 90).

¹⁴⁴⁹ L. ALIBRANDI, *op. cit.*, 68; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 405; M. A. COLACCI, *Problemi vecchi e nuovi a proposito dell'art. 53 cod. pen.*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 153; T. DELOGU, *L'uso legittimo delle armi*, cit., 192 ss; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 269; A. MARINI, *Voce uso legittimo*, cit., 266; D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, cit., 6; R. SPIZUOCO, *Il potere di coazione del P.U. e la rapina aggravata*, in *Giust. pen.*, fasc. 1, parte II, 1978, 56; F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della C.e.d.u.*, in *Giur. merito*, 2008, 102.

condotta del terrorista è, infatti, omissiva e ben si presterebbe ad essere integrata in quest'ultima forma. Alla base dell'omissione, però, deve sussistere un obbligo giuridico, assente nel caso di specie, dato che il silenzio del terrorista rientrerebbe nel suo diritto a non auto incriminarsi in relazione al delitto che sta per consumarsi, non essendo l'indagato o l'imputato tenuto a riferire quanto a sua conoscenza¹⁴⁵¹.

L'esplosione di un certo tipo di criminalità ha portato ad aggiungere all'art. 53 l'inciso: «*e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona*»¹⁴⁵². Secondo alcuni Autori¹⁴⁵³ la formulazione non risulterebbe particolarmente chiara in quanto sembrerebbe aver inteso affermare, con l'introduzione dell'espressione «*e comunque*», che l'uso delle armi sia legittimo pur in assenza dei requisiti di una violenza o resistenza all'Autorità, laddove altra parte della dottrina ritenga tale specificazione del tutto inutile¹⁴⁵⁴. Certo è che, qualora si propendesse per la

¹⁴⁵⁰ E' ormai assodato che la resistenza passiva non escluda sempre l'applicazione dell'art. 53 c.p., dovendo ravvisarsi un rapporto di proporzione tra i mezzi di coazione impiegati ed il tipo di resistenza da vincere da un lato e, dall'altro, tra i beni in conflitto. E' proprio alla stregua di tale impostazione che parte della dottrina ritiene risolvibile il caso di alcuni terroristi che si siano dati alla fuga dopo aver compiuto un attentato. L'esplosione di alcuni colpi di pistola diretti contro gli organi vitali di uno dei terroristi non appare scriminata «*mancando il rapporto di proporzione tra l'uso dell'arma ed il carattere non violento della resistenza opposta*». G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 302-303. Qualunque sia il reato commesso, anche un pericoloso attentato, il requisito della proporzione deve sussistere non con riguardo a quest'ultimo, bensì «*rispetto alla forma di resistenza successivamente attuata dal delinquente che tenta di fuggire alla cattura*». G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 303. Nella pronuncia avente ad oggetto una analoga fattispecie, l'organo giudicante aveva statuito, invece, che l'uso delle armi fosse ammissibile per contrastare tentativi di fuga che assumessero la veste di illeciti particolarmente gravi, suscettibili di ledere, in modo rilevante, beni giuridici pubblici e sociali cui l'ordinamento attribuisce valore primario. V., in motivazione, Corte Ass. Roma, 8 luglio 1977, in *Foro it.*, II, 30.

¹⁴⁵¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 338; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *op. cit.*, 2118.

¹⁴⁵² Tale inciso è stato introdotto con la legge n. 152 del 22 maggio 1975.

¹⁴⁵³ A. MARINI, *op. cit.*, 259; E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, vol XV, Torino, 1999, 137; P. L. VIGNA G. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 93; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 267; G. RIPAMONTI, *Sub. art. 53*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milanofiori Assago, 2011, 849.

¹⁴⁵⁴ Sulla pleonasticità di tale inciso, v., F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2017, 278; E. FIANDACA, G. MUSCO, *op. cit.*, 303; M. A. COLACCI, *Problemi vecchi e nuovi a proposito dell'art. 53 cod. pen.*, in AA.VV. (a cura di), *op. cit.*, 150; P. NUVOLONE, *Nota redazionale alla l. 22 maggio 1975 n. 152*, in *Ind. pen.*, 1975, 249. In tal

prima impostazione, si potrebbe intravedere uno spiraglio di compatibilità volto a scriminare, sulla base dell'art. 53, fatti di tortura¹⁴⁵⁵. Da questo punto di vista il pubblico ufficiale autorizzato all'uso delle armi che si fosse trovato a dover impedire, ad esempio, un delitto di strage, bene avrebbe potuto, anche in precedenza, invocare la scriminante *de qua*.

Al fine di scongiurare, però, una interpretazione eccessivamente estensiva della scriminante, si tende a considerare tale aggiunta come una mera specificazione della norma e non come requisito autonomo, introdotto al solo fine di dare una nuova legittimazione all'art. 53, in un'epoca in cui si discuteva della sua stessa vigenza, se rapportato alla nuova dimensione dei valori costituzionali.

Da sempre l'art. 53 c.p. è stato criticato, ritenendolo non consono al pensiero giuridico liberale, rilevando tale scriminante una chiara impronta autoritaria¹⁴⁵⁶, tanto che la quasi totalità degli ordinamenti europei non si pronuncia sul tema¹⁴⁵⁷ e che gran parte della dottrina penalistica ne ha chiesto l'abolizione¹⁴⁵⁸. «*Inserire tale scriminante "illiberale ed autoritaria" con riferimento ad un istituto, quale la tortura, per sua natura antidemocratico e disumano sarebbe, per usare una metafora, un "cocktail esplosivo"*»¹⁴⁵⁹.

In conclusione a quanto esposto nei precedenti paragrafi, quindi, è possibile asserire come ritenere applicabili le scriminanti ai fatti di tortura, renderebbe quest'ultima funzionale all'affermazione di un potere che aspiri ad essere senza limiti «*rompendo gli argini nei quali Stato di diritto, democrazia e*

senso anche i lavori preparatori, nei quali si afferma che l'innovazione ha meramente carattere esplicativo.

¹⁴⁵⁵ Secondo tale impostazione, la funzione della causa di giustificazione sembra consistere nella tutela della incolumità pubblica contro violazioni di legge, «*in particolare reati, che la possano porre in pericolo, ma senza riprodurre i limiti di tale causa di giustificazione, e impedendo una valutazione degli interessi contrapposti, operata ex lege dal legislatore*». G. RIPAMONTI, *Sub. art. 53*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *op. cit.*, 849. V., altresì, E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, cit., 137; P. L. VIGNA, G. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 93.

¹⁴⁵⁶ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 265.

¹⁴⁵⁷ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *op. cit.*, 335.

¹⁴⁵⁸ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 267-268.

¹⁴⁵⁹ G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., 26.

*costituzionalismo lo avevano ristretto»*¹⁴⁶⁰, non potendo mai essere, pertanto, considerata uno strumento conforme agli scopi dell'ordinamento¹⁴⁶¹.

Nemmeno la più pressante necessità di salvare una concreta vita umana in pericolo potrebbe giustificare una gravissima rottura delle «*regole del gioco*» che uno Stato di diritto è tenuto ad osservare anche nei momenti emergenziali¹⁴⁶². Le azioni riconducibili allo Stato devono collocarsi nell'alveo della Costituzione e dei suoi valori, tra i quali è possibile annoverare certamente la vita e la libertà personale, la dignità umana, l'eguaglianza, il pluralismo ideologico, la laicità dello Stato, la presunzione di non colpevolezza ed i principi del giusto processo¹⁴⁶³. «*Il distacco da tali valori finisce inevitabilmente con il rovesciare quello stesso ordinamento che si vorrebbe proteggere*»¹⁴⁶⁴.

4. Osservazioni conclusive

Le argomentazioni sopra analizzate concernenti i margini di tolleranza della tortura, a cui si aggiungono la massimizzazione della tutela del diritto alla sicurezza¹⁴⁶⁵ e la preminenza della Ragione di Stato¹⁴⁶⁶, rischiano di far venir

¹⁴⁶⁰ A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura*, cit., 195.

¹⁴⁶¹ Circa la contrarietà della tortura all'ordinamento democratico ed al senso di umanità, cfr., A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 171 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 3123 ss.

¹⁴⁶² D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave*, cit., 235. L'A., pur schierandosi contro l'utilizzo di pratiche di tortura, sottolinea che se anche fosse necessario «*utilizzare misure insolite e di validità circoscritta nel tempo*» l'attribuzione di rilevanza a situazioni di necessità ed urgenza è compito del legislatore, o comunque demandabile ad atti aventi forza di legge, e non lasciato, di certo, alla *mercè* delle autorità pubbliche. V., altresì, G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 135; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri* cit., 437.

¹⁴⁶³ L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Gli Speciali di Questione giustizia*, 2016, 40.

¹⁴⁶⁴ E. SCAROINA, *op. cit.*, 331.

¹⁴⁶⁵ Sul tema della sicurezza, si vedano, *ex multis*, M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, 2017, 71; A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Critica dir.*, 2009, 54; G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 31 ss. G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 111, 2004, 1185-1211; ID., *Le risposte degli ordinamenti nazionali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2003. Libertà e sicurezza*

meno l'effettività della fattispecie di tortura¹⁴⁶⁷, finendo, così, con il creare zone di eccezione rispetto all'assolutezza del divieto ed all'intangibilità della dignità umana¹⁴⁶⁸. «Ciò apre la china a soluzioni pericolose che, una volta infiltrate nei gangli dello Stato di diritto, rischiano di minarne le fondamenta oltre che far smarrire [...] le note distintive che sempre ed in ogni caso [...] devono ispirare l'agire dei poteri pubblici»¹⁴⁶⁹.

Come si è potuto osservare, seppur con diverse sfumature, le Corti che si sono pronunciate sul tema hanno ravvisato l'ontologica incompatibilità della tortura con lo Stato di diritto¹⁴⁷⁰, talvolta elevando a valore supremo la dignità umana, talaltra ravvisando l'insussistenza dei requisiti richiesti per l'applicazione delle scriminanti. La tortura «*adottata in concreto, senza l'esistenza di una regola normativa che la legittimi, non può essere giustificata bilanciandone il*

nelle democrazie contemporanee, Atti del XVIII Convegno annuale (Bari, 17-18 ottobre 2003), Padova, 2007, 76 ss; G. DE VERO, Voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1997, 285; E. DENNINGER, *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Università degli Studi di Cassino, 2005, *passim*; F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 391; M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, *passim*; L. LORELLO, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, in *Democrazia e sicurezza*, n.1/2017, 3 ss; A. PACE, *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2, 2013, 177-206; ID., *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 989-1000; A. PANTORE, *Non c'è libertà senza sicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 102 ss.

¹⁴⁶⁶ G. M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, in A. GIANNELLI, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, par. 9.1: l'A. evidenzia che con tale espressione debba intendersi l'insieme di fini o interessi volti a giustificare l'interferenza degli apparati statali nei diritti e nelle libertà che lo Stato riconosce ai cittadini. ID., *Il segreto di Stato tra conferme e novità*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 57 ss.

¹⁴⁶⁷ «L'effettività è ciò che attribuisce sostanza di diritto a una norma che diversamente rischia di rimanere un'astratta petizione di principio». C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, 430 ss; M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 415; E. SCAROINA, *op. cit.*, 311.

¹⁴⁶⁸ A mettere a rischio l'effettività della fattispecie potrebbero essere, altresì, le esaminate carenze della norma dell'art. 613-bis. E. SCAROINA, *op. cit.*, 313.

¹⁴⁶⁹ Ivi, 215. V., altresì, L. GRECO, *Las reglas detrás la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de caso de las ticking time bombs*, consultabile online in www.indret.com,2007, 1 ss.

¹⁴⁷⁰ «Persino nelle circostanze più difficili, come nel caso del contrasto al terrorismo o alla criminalità organizzata, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti». Corte europea dei diritti dell'uomo, 06 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n.26772/85, principio ribadito in un'altra pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2006, *Nasr et Ghali c. Italia*, ric. n. 44883/09, par. 280.

*disvalore con una situazione di contesto, con una necessità politica se pure intesa come cogente»*¹⁴⁷¹.

Accanto allo strumento repressivo sarà opportuno, però, affiancare quello preventivo, non solo per accrescere la sensibilità in relazione a questo tema, ma anche per cercare di evitare di fare ricorso a strumenti di pressione diversi da quelli consentiti e considerati legittimi dall'ordinamento.

Al fine di «*prevenire*» risulta non solo importante, ma addirittura imprescindibile un monitoraggio sulla realtà dei luoghi più a rischio per la libertà personale. È questo l'approccio che si deve seguire per impedire che lo Stato «*trasformi la propria potenza in prepotenza scaricandola sull'impotenza del soggetto comunque ristretto*»¹⁴⁷². L'incapacità di vedere l'altrui condizione inumana e degradante rappresenta il segnale più accecante della scomparsa di ogni umana solidarietà: «*in un mondo fatto di persone che non vedono, alla lunga, nessuno potrebbe salvarsi*»¹⁴⁷³.

Di fronte a questa generalizzata cecità c'è, fortunatamente, chi ci porge le lenti giuste. Si tratta degli organi istituzionali chiamati a vigilare sul rispetto del divieto di tortura, mediante i loro compiti ispettivi. Si pensi alle visite del CPT che l'Italia riceve periodicamente, al potere di visita, senza previa autorizzazione, da parte del relativo Sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura o, ancora, alla recente istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale¹⁴⁷⁴. «*Si è formata così una vera e propria rete (di protezione) a maglie sempre più estese: al controllo giurisdizionale ex post si affianca, in tal modo, un meccanismo ex ante più*

¹⁴⁷¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 328.

¹⁴⁷² A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura non contro la tortura. (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura.*, Bologna, 2019, 106.

¹⁴⁷³ «*Siamo ciechi perché siamo morti, oppure, se preferisci che te lo dica diversamente, siamo morti perché siamo ciechi, il risultato è lo stesso*» V., metaforicamente, J. SARAMAGO, *Cecità*, Milano, 2010, 213.

¹⁴⁷⁴ V., *supra*, cap. 1, par. 1. Cfr., *ex multis*, M. QUATTROCCHI, *Diritti dei detenuti*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti del territorio*, Torino, 2015, 18 ss; G. DI ROSA, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati dalla libertà personale*, in C. CONTI, G. MARANDOLA, A. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 127 ss; L. SCOMPARIN, *Il garante nazionale*, in F. CAPRIOLI, F. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 283 ss.

*tempestivo, dunque maggiormente efficace nel prevenire violenze su soggetti privati della libertà personale»*¹⁴⁷⁵. L'obiettivo di questo sistema è quello di prestare tutela al soggetto passivo dei maltrattamenti, ma anche agli apparati di sicurezza, i quali hanno il diritto di non essere identificati con i singoli autori dei maltrattamenti ed, infine, allo Stato che viene aiutato a rispettare e riaffermare la propria legalità¹⁴⁷⁶.

Il successo (o l'insuccesso) di questa forma di protezione è in gran parte influenzato dalla capacità di non inviare segnali di impunità che possano, seppur episodicamente, verificarsi¹⁴⁷⁷.

Sicuramente l'introduzione del reato di tortura in Italia (e la conseguente applicazione che dello stesso effettuano le Corti) costituisce uno dei mezzi cui far ricorso per combattere - «*reprimendo e così (forse) scoraggiando*»¹⁴⁷⁸ - tali pratiche, ma non è l'unico e probabilmente neanche il più efficace. L'impegno a reprimere il fenomeno deve spingersi oltre il piano strettamente penale, manifestandosi mediante misure dal carattere prettamente preventivo. Non si tratta solo di riaffermare la natura di estrema *ratio* di tutela del diritto penale, «*ma di riconoscere che gli arnesi talvolta più efficaci non sono solo quelli riposti nella cassetta degli attrezzi del penalista*»¹⁴⁷⁹.

Oggi più di ieri si giustifica l'introduzione di mirati programmi di formazione obbligatori per gli appartenenti alle forze dell'ordine, istituzionalizzando così una prassi che solo da poco è stata avviata meritoriamente dall'Ufficio nazionale del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale in collaborazione con gli organi di Polizia.

«*Monitorare per prevenire*». È così che la detenzione (in ogni sua declinazione) «*smette di essere un mondo fuori dal mondo, per essere ricollocata entro i confini del mondo. Non più un pianeta a parte ma parte del*

¹⁴⁷⁵ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura non contro la tortura. (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 108.

¹⁴⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷⁷ M. PALMA, *La necessità del divieto assoluto di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 391.

¹⁴⁷⁸ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 249.

¹⁴⁷⁹ E. SCAROINA, *op. cit.*, 314.

nostro comune pianeta sottoposta, dunque, alle sue stesse regole, in primo luogo costituzionali e internazionali»¹⁴⁸⁰.

Alla luce di quanto esposto, al quesito iniziale posto da Brugger «*May government ever use torture?*»¹⁴⁸¹, non resta che rispondere in senso negativo.

¹⁴⁸⁰ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura non contro la tortura. (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 110.

¹⁴⁸¹ «*La tortura non è un mezzo di prevenzione del terrorismo, e non può essere neanche un palliativo dell'ultimo minuto. All'interno di uno stato di diritto, si spera allora che una eco richiami alla "prudenza" (phronesis) coloro che hanno l'onere di dover decidere in vista di una buona politica, seppur fosse una politica dell'ultimo minuto*». A. CHIESSI, G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura*, cit., 320.

CAPITOLO 5

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi della normativa sovranazionale della fattispecie di cui all'art. 613-bis c.p. e dei reati di tortura vigenti negli ordinamenti dei Paesi europei analizzati lascia spazio ad una domanda¹⁴⁸², ad un quesito divergente rispetto a quello relativo alla validità delle soluzioni accolte nella definizione del reato: «*posto che non è stato possibile ottenere che venisse approvata una legge migliore, è un bene che sia stata approvata questa legge o sarebbe stato preferibile non approvarne alcuna? In altre parole, è stato fatto un passo avanti, sia pure insufficiente, oppure no?*»¹⁴⁸³.

Si deve premettere che, come sostenuto da parte della dottrina, una cattiva legge è come «*aria in vena*»: «*complica il futuro*», risultando decisamente più difficile modificare un testo già esistente (approvato, tra l'altro, con particolare fatica), che non riscrivere *ex novo* una buona normativa¹⁴⁸⁴. Determina, inoltre, uno slittamento della tutela penale, non più certezza di un'adeguata previsione legislativa, ma incertezza delle «*capacità taumaturgiche*» di un'eventuale sua interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: «*come se il diritto vivente giurisprudenziale potesse davvero soddisfare, in egual misura, le esigenze presidiate dal principio costituzionale di stretta legalità*»¹⁴⁸⁵.

Nelle pagine precedenti sono state analizzate le critiche avanzate dal Comitato CAT¹⁴⁸⁶ e le forti perplessità e preoccupazioni fatte pervenire dal Presidente della Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Nils Muižnieks*, al Parlamento italiano¹⁴⁸⁷, da cui emerge come le scelte del legislatore italiano

¹⁴⁸² V., *supra*, Introduzione.

¹⁴⁸³ Sul quesito si interroga A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 366-367.

¹⁴⁸⁴ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 102.

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁶ V., *supra*, cap. 1, par. 1

¹⁴⁸⁷ V., *supra*, cap. 2, par. 8.

nel descrivere il delitto di tortura siano state caratterizzate da profili di incongruità rispetto agli obblighi sovranazionali, oltre alle difficoltà interpretative che si prospettano.

L'art. 613 - *bis* c.p. non ha convinto, altresì, per analoghe ragioni, la maggior parte dei commentatori quanto alla costruzione della fattispecie quale reato comune, perdendosi il disvalore tipico della tortura consistente nella distorsione del potere pubblico, oltre alla previsione della circostanza aggravante nel caso in cui il fatto di tortura fosse commesso da un pubblico ufficiale. Inoltre, è stata sottolineata una restrizione della definizione di tortura rispetto a quella contenuta nell'art. 1 CAT in relazione alla reiterazione delle condotte, non richiesta dalla Convenzione ONU, la quale fa riferimento a «*qualsiasi atto*», ed in relazione, ad esempio, all'evento, limitandosi la tortura psicologica ai soli casi in cui il trauma psicologico risulti verificabile, oltre all'indeterminatezza di alcuni requisiti oggettivi della fattispecie.

La norma *de qua* ha unificato, altresì, tre condotte che sul piano internazionale sono tenute distinte: la tortura, i trattamenti inumani o degradanti, sottoponendo al medesimo trattamento sanzionatorio elementi costitutivi dal disvalore eterogeneo, ciò sulla base di una soglia di gravità di «*ostica individuabilità*»¹⁴⁸⁸.

Ulteriori critiche sono state avanzate, poi, con riferimento all'elemento soggettivo a seguito dell'eliminazione dell'avverbio «*intenzionalmente*» e delle specifiche finalità connotative del motivo per cui l'autore del fatto agisce prevedendosi, così, una fattispecie a dolo generico sia in relazione alla tortura comune sia con riguardo a quella commessa dal pubblico ufficiale.

Infine, con riguardo al trattamento sanzionatorio, si è sottolineato lo spazio di impunità legato al problema della prescrizione, dell'amnistia, dell'indulto o comunque della potenziale applicabilità dei meccanismi di fuga dalla sanzione. Probabilmente il quesito sul quale ci si interroga «*meglio una brutta che legge che nessuna legge?*», doveva essere posto prima dell'entrata in vigore della L.

¹⁴⁸⁸ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 10, 2017, 249.

n. 110/2017, dovendosi, ora, ragionare nel senso di trovare un rimedio dinanzi ad una legge che sotto molti profili si presenta inadeguata¹⁴⁸⁹, fornendo possibili spunti per una corretta interpretazione ed applicazione della disposizione in esame.

Non tutte le rimostranze sopra avanzate, ad avviso di chi scrive, hanno colpito nel segno.

In primo luogo, l'introduzione nel c. 1 dell'art. 613-bis c.p. di un reato comune¹⁴⁹⁰, in aggiunta ad un reato proprio¹⁴⁹¹, ha contribuito ad evitare vuoti di tutela ponendosi, peraltro, in linea di continuità con la definizione di tortura ricavatasi in sede internazionale^{1492 1493}. Le cronache e la giurisprudenza spesso

¹⁴⁸⁹ V., A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 102.

¹⁴⁹⁰ Non si può non sottolineare, comunque, come il vuoto più evidente di tutela in Italia concerneva proprio la tortura di Stato, in virtù di specifiche carenze nel nostro sistema penale e non tanto per «ragioni storiche assolute». Per un approfondimento sul punto, v., P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol.1, Milano, 1953, 3.

¹⁴⁹¹ *Contra*, v., *ex multis*, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 del 2017]*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Padova, 2018, 257 secondo cui, con riguardo ai fatti di tortura nei rapporti tra privati, «sarebbero state sufficienti le fattispecie già presenti nel sistema, sia quelle a tutela della persona, sia l'art. 572 c.p.»; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 356, secondo la quale non pare «opportuno prevedere un'autonoma fattispecie di tortura realizzabile da "chiunque"» essendo «preferibile mettere definitivamente mano all'art. 572, sottraendo la disposizione a un contesto cui ormai non appartiene più e anzi non è mai del tutto appartenuta e peraltro forse, quantomeno nella concezione che mostra di averne il Codice Rocco, già di per sé superato, ovvero quella dei delitti contro l'assistenza familiare». L'A. sottolinea come il novellato reato di maltrattamenti «dovrebbe trovare più idonea collocazione tra i delitti contro la libertà morale previa una messa a punto della disposizione volta ad ampliare il novero dei soggetti passivi, in modo da ricomprendere anche coloro che siano privati, anche contemporaneamente, della libertà personale».

¹⁴⁹² E' stato in precedenza analizzato come molte fonti internazionali richiedano che la proibizione della tortura sia garantita anche nei rapporti orizzontali. Si pensi all'art. 7 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, all'art. 7 c. 1 lett. f) dello Statuto di Roma, alla Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, alla Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna del 1993, alla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* ed a quella di Strasburgo. Nonostante la Convenzione ONU contro la tortura del 1984 circoscriva l'obbligo di incriminazione agli atti commessi da un soggetto avente qualifica pubblicistica (o con il consenso o l'acquiescenza di quest'ultimo), tuttavia l'art. 1 par. 2 si preoccupa di indicare esclusivamente uno *standard* minimo di tutela che il legislatore nazionale può innalzare ampliando l'ambito di applicazione della norma introdotta nell'ordinamento interno. (v., A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 aprile 2018, 12). Lo stesso art. 13. c. 4 Cost., da molti considerato come appiglio per la configurabilità di un reato proprio, non fornisce una specifica definizione di tortura ed, in particolare, «non identifica l'autore della

hanno rilevato, invero, episodi di tortura interprivatistica non adeguatamente stigmatizzata ed efficacemente punita da parte del nostro ordinamento¹⁴⁹⁴.

I dubbi espressi dal Comitato CAT, dal Commissario *Muižnieks* e dai primi commentatori alla Novella potrebbero, viceversa, assumere una qualche consistenza laddove la prassi applicativa non riconoscesse al secondo comma dell'art. 613-bis c.p. la natura di fattispecie autonoma di reato, ma di mera circostanza aggravante, come tale suscettibile di bilanciamento con eventuale attenuanti. Situazione, questa, che non ha tardato a manifestarsi dal momento che una recente pronuncia avente ad oggetto proprio l'art. 613-bis c.p. ha preso posizione sulla questione statuendo che la norma di nuovo conio costituirebbe «*un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante*»¹⁴⁹⁵. Si auspica, a tal riguardo, che i giudici potranno orientarsi, in futuro, verso la preferibile tesi dell'autonomia facendo leva su quei criteri analizzati in precedenza quali quello teleologico, quello consistente nel paradosso di una aggravante operante su di un'altra aggravante in relazione al comma quarto della fattispecie *de qua*, quello incentrato sulla scarsa portata pratica del comma terzo qualora il secondo comma avesse natura di aggravante ed in relazione al rinvio al termine «*delitto*», anziché al fatto descritto nel c. 2 dell'art. 613-bis, operato dall'art. 613-ter c.p.¹⁴⁹⁶.

Chi scrive, per quanto non favorevole alla duplicazione delle fattispecie normative, ritiene che si sarebbe potuto optare per la qualificazione in due norme separate di tali fattispecie proprio al fine di sottolineare il divergente

tortura (o meglio dell'atto di violenza) come pubblico ufficiale». In tal senso, M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 892.

¹⁴⁹³ *Contra*, E. SCAROINA, *op. cit.*, 352. Secondo l'A. «*la scelta di includere anche il privato nel novero dei possibili soggetti attivi del reato allontana inevitabilmente la percezione di questo complesso disvalore*».

¹⁴⁹⁴ V., *supra*, cap. 2, par. 8.

¹⁴⁹⁵ Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, in *Sistema Penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020, con nota di A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di "tortura" (art. 613-bis c.p.)*, par. 1.1.

¹⁴⁹⁶ V., *supra*, cap. 2 par. 6. 2.

valore giuridico della tortura commessa tra soggetti privati e quella di Stato, estendendosi la fattispecie propria a fatti materialmente analoghi commessi da soggetti non qualificati, quale forma di tutela aggiuntiva per le vittime¹⁴⁹⁷.

E' sul piano dell'elemento oggettivo che si evincono i maggiori limiti concernenti il principio di determinatezza, lasciando alla giurisprudenza nazionale l'arduo compito di specificare il significato di espressioni quali «sofferenza», «trauma psichico verificabile», «crudeltà», «trattamento inumano e degradante», «minorata difesa» mutuandolo, ove possibile, da quello attribuito a locuzioni analoghe presenti in altre norme dell'ordinamento, nazionale o sovranazionale (in ossequio al canone dell'interpretazione sistematica e, nella seconda ipotesi, anche a quello dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali).

L' art. 613 – *bis* c.p. introduce un reato a forma vincolata sia con riguardo alla condotta (dovendosi realizzare mediante violenze o minacce gravi, aggettivo quest'ultimo da riferirsi ad entrambe), sia in relazione all'evento naturalistico ed al soggetto passivo, propendendosi per la natura di reato eventualmente abituale, potendosi ritenere integrata la fattispecie in presenza anche di un'unica azione crudele comportante un trattamento inumano e degradante. Si recupera, così, una certa conformità con gli obblighi sovranazionali di incriminazione, non potendosi condividere la tesi da alcuni sostenuta di reato necessariamente abituale¹⁴⁹⁸ che, ad avviso di chi scrive, andrebbe a restringere di molto l'ambito di applicazione della norma, potendosi il reato perfezionare solo mediante la realizzazione di una pluralità di atti con carattere ripetitivo¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁷ A. DI MARTINO, *Appunti sulla tipizzazione del fatto. Tra eredità storiche e questioni di tecnica legislativa*, in A. PROSPERI, A. DI MARTINO (a cura di), *Tortura. Un seminario*, Pisa, 2017, 106-107. In senso analogo, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op cit.*, 96, spec. nota 54.

¹⁴⁹⁸ V., *supra*, cap. 2, par. 8.

¹⁴⁹⁹ Come analizzato, la tortura può essere commessa anche mediante «più condotte». Sul punto si condivide l'interpretazione fatta propria dai Giudici di legittimità dovendo tale locuzione essere interpretata come «relativa non solo ad una pluralità di ordine temporale con episodi eventualmente reiterati nel tempo, bensì anche alla perpetrazione di più contegni violenti nello stesso contesto cronologico», non potendosi condividere l'interpretazione della stessa tesa a circoscrivere l'applicazione «ai casi di reiterazione differita nel tempo delle condotte», poiché lascerebbe prive di tutela quelle situazioni in cui la tortura venisse posta in

Inoltre, non dovrebbero sussistere indugi nel ravvisare la compatibilità tra la fattispecie in esame ed una condotta omissiva¹⁵⁰⁰ anche se si sarebbe auspicato, in sede di approvazione della Novella, una espressa previsione della punibilità della condotta omissiva, proprio per evitare di rimettere alla giurisprudenza il compito di colmare tale vuoto di tutela ed al fine di scongiurare il rischio di ricorrere ad una lettura analogica in *malam partem*; oppure, ispirandosi all'ordinamento spagnolo, il legislatore ben avrebbe potuto inserire una apposita norma *ad hoc* volta a disciplinare una fattispecie omissiva dolosa¹⁵⁰¹.

Con riguardo agli elementi costitutivi della disposizione che hanno creato maggiori problemi, soprattutto alla luce del principio di precisione, vi è la nozione di «*crudeltà*». Per quanto sia fortemente criticabile la scelta di aver elevato ad elemento costitutivo una circostanza aggravante, si ritiene opportuno richiamare l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite¹⁵⁰² in relazione all'art. 61 n. 4 c.p., dovendo l'interprete verificare se, nel caso concreto, siano stati compiuti atti eccedenti rispetto a quelli sufficienti causalmente per commettere il reato, che determinino sofferenze aggiuntive ed esprimano un atteggiamento interiore particolarmente riprovevole. Ecco che, da questo punto di vista, la fattispecie in esame risulta essere particolarmente aperta, mettendosi quasi in discussione la forma vincolata della condotta in favore di un reato a forma libera¹⁵⁰³.

Molteplici sono i profili di criticità già espressi in relazione all'utilizzo dei termini «*inumani e degradanti*», non solo per la presenza della congiunzione «*e*», ma anche per il fatto di avergli attribuito la medesima carica stigmatizzante del *nomen* tortura, in apparente contrasto con quanto statuito dai giudici di Strasburgo che ravvisano nelle tre condotte una «*progressione*

essere «*in un unico contesto temporale*», così come accaduto per i fatti verificatisi nella Scuola Diaz. V., Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., parr. 2.1 e 2.2.1.

¹⁵⁰⁰ V., *supra*, cap. 2, par. 8.1.

¹⁵⁰¹ V., *supra*, cap. 3, par. 2.

¹⁵⁰² Cass., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 40516, in *Dir. pen e proc.*, 5/2017, 604, con nota di P. VENEZIANI, *Dolo d'impeto ed aggravante sulla crudeltà*.

¹⁵⁰³ P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 406.

scalare»¹⁵⁰⁴. La soluzione ottimale sarebbe stata quella di collocare tali condotte in una norma a sé stante, connotata da un trattamento sanzionatorio inferiore rispetto a quello di cui all'art. 613-bis ovvero, date le ambiguità definitorie dei due aggettivi anche in sede sovranazionale, non farne menzione e reprimere tali trattamenti in base alle fattispecie già vigenti nel codice penale. Particolare attenzione, quindi, dovranno mostrare i giudici nazionali alla progressione scalare ed alla continenza esistente tra le nozioni di tortura da un lato e di trattamento inumano e/o degradante dall'altro, essendo questi ultimi in grado di indurre nella vittima sofferenze di minore intensità rispetto a quelle che connotano il concetto di tortura, rimanendo così in linea con i dettami stabiliti dalla Corte EDU.

Dai contorni sfumati, connotata da indeterminatezza e fortemente legata alla discrezionalità interpretativa dei giudici è, altresì, la nozione di «*minorata difesa*», riconducibile alla terza categoria dei soggetti passivi previsti dalla norma. Nozione così indeterminata da far sì che la linea difensiva in due casi recenti¹⁵⁰⁵ avesse posto il dubbio di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 25 Cost. In tale contesto occorre riferirsi all'interpretazione riservata alla circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61, n. 5 c.p.. Ancora una volta il legislatore ha optato per elevare ad elemento costitutivo una ipotesi circostanziale. Dovrà, pertanto, ritenersi integrato il requisito *de quo* nel contesto in cui la vittima non abbia potuto adeguatamente opporre una resistenza dinanzi ad una condotta criminosa a causa di determinati fattori ambientali, temporali e personali. Occorre, quindi, che vi siano condizioni oggettive conosciute dall'agente e di cui questi abbia volontariamente approfittato, valutazione da effettuarsi in concreto, caso per caso e secondo una analisi complessiva degli elementi disponibili.

¹⁵⁰⁴ V., *supra*, cap. 1, par. 3.1 e cap. 2, par. 8.

¹⁵⁰⁵ V., Cass., Sez. V., 11 ottobre 2019, n. 50208, cit., par. 2.3 e Cass., Sez., I, 15 maggio 2018, n. 37313, , in *Sistema Penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020, con nota di A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di "tortura" (art. 613-bis c.p.)*, par. 2.

Sul piano dell'evento¹⁵⁰⁶, per delimitare il campo legato all'aggettivo «*acute*» che accompagna le «*sofferenze fisiche*», sarà opportuno per l'autorità giudiziaria riferirsi ad alcuni indici oggettivi tra i quali rientrano l'intensità della condotta violenta o minacciosa o della crudeltà posta in essere dal «*torturatore*»¹⁵⁰⁷.

Sull'impiego del termine «*sofferenze fisiche*» si deve chiaramente escludere la coincidenza con la nozione di malattia al fine di poter reprimere adeguatamente quelle forme di tortura che non lascino segni sul corpo del soggetto passivo. Con riferimento al secondo evento, ossia al «*trauma psichico*», si ritiene di doversi accogliere la definizione teorizzata in ambito psicologico e già fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵⁰⁸ di «*evento*» che, per le sue caratteristiche, risulti «*“non integrabile” nel sistema psichico pregresso della persona, minacciando di frammentare la coesione mentale, e che, come tale, può essere anche temporaneo, non essendo necessario che l'esperienza dolorosa si traduca in una sindrome di trauma psicologico strutturato PTSD*». Trauma psichico che, per espressa previsione normativa, deve essere «*verificabile*». Si tratta di un requisito che, al pari di altri, ben poteva essere omissso data l'incertezza delle valutazioni a cui si presta. Per garantire una conformità con il principio di determinatezza, pare preferibile l'interpretazione estensiva che rimanda ad un trauma psichico riscontrabile oggettivamente mediante l'accertamento probatorio, non essendo necessario, invece, alcun riscontro nosografico o peritale, non potendosi escludere, peraltro, in futuro, un intervento della Corte costituzionale, così come accaduto in relazione ad alcune fattispecie non sufficientemente determinate come quella di atti persecutori. La mancata adozione di un reato a dolo specifico e l'eliminazione dell'avverbio «*intenzionalmente*» non sembra aver compromesso in maniera

¹⁵⁰⁶ V., *supra*, cap. 2, par. 9.

¹⁵⁰⁷ C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (reato di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, X aggiornamento, 2018, 875.

¹⁵⁰⁸ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079, in *Sistema Penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020, con nota di A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di “tortura” (art. 613-bis c.p.)*, par. 6.7.

apprezzabile i profili di tipicità ed offensività dell'illecito¹⁵⁰⁹, stante il carattere meramente illustrativo delle ipotesi previste nell'art. 1 CAT ed avuto riguardo alla limitata funzione dell'avverbio che consisterebbe meramente nell'escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura, non ravvisandosi nelle fonti sovranazionali alcuna indicazione a favore del dolo intenzionale¹⁵¹⁰, ritenendosi la tortura compatibile, tra l'altro, anche con il dolo eventuale. Argomentando in questo modo si può replicare, altresì, alla critica rivolta al nostro legislatore di aver costruito una fattispecie più ristretta rispetto a quella richiesta dai vincoli sovranazionali, essendosi elaborato un reato caratterizzato, per alcuni profili, da un ambito di applicazione più ampio.

Infine, con riguardo al trattamento sanzionatorio, per quanto sarebbe stato sicuramente auspicabile, in coerenza con quanto richiesto da molteplici fonti internazionali, prevedere una espressa disposizione tesa a garantire l'inapplicabilità delle cause di esclusione della punibilità¹⁵¹¹, escludendo la soggezione a prescrizione ed ai provvedimenti di amnistia ed indulto in relazione ai fatti costituenti tortura, si ritiene che il delitto in esame difficilmente potrà essere soggetto a prescrizione dato l'elevato trattamento sanzionatorio, anche nella sua ipotesi base, in combinazione con la nuova disciplina *ex art. 159 c.p.*

Occorre sottolineare, inoltre, l'importanza della circostanza che, coerentemente con quanto sollecitato da Strasburgo, alla condanna consegua l'interdizione dai pubblici uffici *ex art. 29 e 28 c.p.*, oltre all'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego ai sensi dell'art. 32 *quinquies c.p.*

¹⁵⁰⁹ Nello stesso senso, P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 156.

¹⁵¹⁰ V., *supra*, cap. 2, par. 10. Per alcune osservazioni critiche con riguardo all'assenza dell'impiego del termine "intenzionalmente", v., A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit. 40; G. FLORA, *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino: dagli abusi dei torturatori agli abusi del legislatore. Note a margine dell'introduzione di un'esangue fattispecie di tortura*, in *L'Indice Penale*, 2017, 985; C. D. LEOTTA, *Voce Tortura (reato di)*, cit., 876-877; E. SCAROINA, *op. cit.*, 354; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 25 settembre 2014, 12.

¹⁵¹¹ *Contra*, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 235.

Dovendo tentare di fornire, quindi, una risposta al quesito posto in apertura all'elaborato «meglio una brutta legge che nessuna legge?» non si può che replicare in termini affermativi¹⁵¹².

La legge n. 110/2017 ha rappresentato sicuramente una «tappa epocale»¹⁵¹³.

La tipizzazione del delitto di tortura segna comunque, tra luci ed ombre, un apprezzabile passo in avanti nel processo di adeguamento agli obblighi internazionali assunti e divenuti sempre più pressanti ed ormai indifferibili¹⁵¹⁴.

L'art. 613-bis c.p. non colma solo una lacuna¹⁵¹⁵, ma diviene un importante fattore di orientamento culturale, sancendo la presa di posizione del legislatore italiano in favore della delegittimazione di qualsiasi forma di tortura.

Come è stato sottolineato, il fatto che in un Tribunale italiano sia possibile – se del caso – discutere di “tortura”, rinunciando a usare eufemismi alternativi, ed eventualmente – sia pure con difficoltà – condannare per “tortura”, «è sicuramente un passo avanti utile nella lotta complessiva contro l'impunità»¹⁵¹⁶.

¹⁵¹² Contra, G. FLORA, *Il nuovo articolo 613-bis-c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 349, secondo cui anche laddove riformulata in via interpretativa, «con non poche forzature dell'espressione testuale, la norma rimarrebbe pur sempre un “pasticcio” composto da ingredienti eterogenei e soprattutto non ancora conforme al modello imposto dalla normativa sovranazionale»; L. RISICATO, *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in *lacostituzione.info*, 6 luglio 2017, *passim*. Secondo l'A. «una cattiva legge non è meglio di nulla: una cattiva legge, nel caso di specie, tradisce sia la ratio ispiratrice della Convenzione di New York che le indicazioni puntuali fornite all'Italia dalla sentenza Cestaro della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con cui il nostro Paese è stato condannato nel 2015 per i fatti vergognosi della scuola Diaz».

¹⁵¹³ I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, 155; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, (web) - <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 11, 2017, 14.

¹⁵¹⁴ Non può non rimarcarsi, in questa sede, «l'enorme portata evocativa» del termine che richiama fatti di assoluta gravità ed emblematici dei momenti più bui della storia dell'umanità. E. SCAROINA, *op. cit.*, 350. Per alcuni scrivere finalmente quella parola indicibile nel codice penale sarebbe potuto bastare. A. MARCHESI, *Tortura, una legge amara ma non inutile*, in *Il manifesto*, 27 giugno 2017. Sul tema dell'accontentarsi della normativa in esame per come è stata scritta, v., M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni*, *cit.*, 896.

¹⁵¹⁵ L'assenza di una disciplina specifica era diventata oramai imbarazzante per la mancata attuazione di obblighi convenzionali e per i riflessi che l'immobilismo del legislatore italiano ha avuto su importanti vicende giudiziarie interne che si sono tradotte in plurime prese di posizione della Corte EDU. V., *supra*, cap. 1, par. 3.1. e cap. 2, par. 4.1.

¹⁵¹⁶ A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 367.

Preso atto, quindi, che una legge c'è, essa rappresenta pur sempre un testo legislativo da cui partire e da offrire all'interpretazione dei giudici, cercando di trasformare quello che viene considerato «*un elemento di debolezza in opportunità*», anche se non può non sottolinearsi come sarà particolarmente complicato il compito attribuito alla giurisprudenza di rimediare in misura soddisfacente all'approssimativa nomografia dell'art. 613-bis¹⁵¹⁷c.p.. Per quanto, infatti, la magistratura possa fornire interpretazioni ortopediche della norma, l'altro lato della stessa medaglia è rappresentato dal rischio che il potere giudiziario, in assenza di chiarezza da parte del legislatore, sia chiamato a svolgere funzioni che non gli siano proprie¹⁵¹⁸, dando vita ad una crisi di identità¹⁵¹⁹.

Tale situazione è dovuta, probabilmente, alla frenesia interventistica del legislatore spinto dall'emotività del momento, anziché da una riflessione ponderata ed attenta alla peculiarità del contesto concreto¹⁵²⁰. Conseguenza di ciò è stato il «*collasso del principio di legalità*» ed una regressione del nostro sistema penale all'incertezza ed all'arbitrarietà proprie del diritto giurisprudenziale *post* moderno¹⁵²¹, rendendo, nel caso *de quo*, l'art. 613-bis una norma manifesto di difficile applicazione se non a seguito di interventi correttivi da parte degli interpreti.

¹⁵¹⁷ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 102.

¹⁵¹⁸ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Gli Speciali di Quest. Giust.*, 2016, 134; R. FLOR, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in G. FORNASARI, R. WENIN (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali* (Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015), Napoli, 2017, 336; R. WENIN, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Riv. dir. pen. contemp.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo>, 4, 2016, 138.

¹⁵¹⁹ V. ESPOSITO, *Intervento del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 30 gennaio 2009, 2 ss.

¹⁵²⁰ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 140 ss. Secondo l'A., la violazione della legalità penalistica sarebbe legata «*ad una patologica inflazione legislativa[...]. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo [...] ad intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi*».

¹⁵²¹ *Ibidem*.

In conclusione, quindi, in primo luogo sarebbe auspicabile che le Camere riformulassero la norma in esame, anche se il solo affermarlo «*suona esonerativo, molto prossimo alla ritualità di un pensiero magico*»¹⁵²².

Più realisticamente sarà compito del potere giurisdizionale poter raddrizzare, per quanto possibile, il «*legno storto*» della legge 110/2017, pur con tutti i limiti che ciò comporta. In considerazione dell'infelice *drafting* legislativo bisognerà correre ai ripari: laddove una norma nazionale sia suscettibile di diverse interpretazioni, il giudice interno dovrà accordare la prevalenza a quella che appaia maggiormente rispettosa del diritto sovranazionale, in ossequio all'art. 117 c. 1 Cost. e alle norme internazionali che di volta in volta vengono in rilievo¹⁵²³.

Questa normativa rappresenta, a parere di chi scrive, sicuramente un passo in avanti. Come tutte le creazioni umane ha delle mancanze, ma segna comunque un progresso nella garanzia dei diritti umani in Italia¹⁵²⁴, rinnovando una crescente sensibilità rispetto all'esigenza di tutela della dignità umana¹⁵²⁵.

Dunque, in definitiva, alla domanda se qualcosa sia cambiato in Italia in fatto di tortura a seguito dell'approvazione della legge n. 110/2017, pare opportuno

¹⁵²² A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 111.

¹⁵²³ Sul punto, A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 12-13. V., altresì, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 102 ss., secondo cui «il nuovo testo legislativo rappresenta ora il tronco su cui chiamare la Corte costituzionale a mirati innesti normativi, potendo così trovare rimedio, attraverso il giudicato costituzionale, l'omessa previsione nell'art. 613-bis di talune garanzie procedurali ravvisate dai Giudici di Strasburgo a seguito dell'interpretazione dell'art. 3 CEDU, quali l'imprescrittibilità del reato e la sua esclusione dall'ambito di applicazione di possibili provvedimenti di clemenza».

¹⁵²⁴ P. P. DE ALBUQUERQUE, C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 409. Contra, L. RISICATO, *La tortura*, cit., 1: «Siamo molto lontani dall'idea, cara alla CEDU, di un diritto penale inteso come strumento di tutela dei diritti umani. Parafrasando Baumann, siamo piuttosto in presenza di un diritto penale "liquido", troppo spesso forgiato su esigenze politiche di consenso, troppo spesso baluardo inutile a tutela del nulla. Siamo ampiamente recidivi: pensiamo alle draconiane norme incriminatrici a tutela dell'embrione, alla contravvenzione di immigrazione clandestina, agli innalzamenti dei minimi edittali di pena che toccano sempre la tutela del patrimonio, segnando un diritto penale a due velocità. Una cattiva legge è una cattiva legge. Il reato di tortura oggi esiste, col forte sospetto che sia stato calibrato per non esistere».

¹⁵²⁵ V., E. SCAROINA, *op. cit.*, 357.

si debba rispondere, ancora una volta, in senso affermativo: anche se si sarebbe auspicata una legge migliore, sì qualcosa è cambiato¹⁵²⁶.

¹⁵²⁶ In senso analogo, A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. cit.*, 367.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V., *Derecho penal. Parte especial*, a cura di J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, VI ed., Valencia, 2019, 160 ss.

AA VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. MARZOCCO, Torino 2018.

AA. VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, Padova, 1989.

AA.VV., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, IV ed. Torino, 2017.

AA.VV., *La Costituzione della Repubblica illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976.

AA.VV., “Ergastolo ‘ostativo’: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito”, *Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l’Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss.

ACKERMAN B. A., *Before the Next Attack*, New Haven , 2006.

ACKERMAN B. A., *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, 5, 2004, 1029-1091, trad. it. a cura di A. FERRARA, E. FERRARA, *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005.

ACQUAVIVA G., *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto interno*, Milano, 2014.

ADDO M. K., GRIEFF N., *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 9 (3), 1998, 519 ss.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione: Homo sacer 2.1.*, Torino, 2003.

AGNINO F., *Il delitto di atti persecutori e lo stato dell'arte giurisprudenziale e dottrinale*, in *Giur. merito*, 2011, 596 ss.

AIELLO C., *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993.

AINIS M., *Titolo I*, in AA.VV., *La Costituzione e la Bellezza*, Milano, 2016.

ALBERTI G., *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Dir. pen contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 ottobre 2018.

ALGOSTINO A., *Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti (The Return of Torture and the Fragility of Rights). Relazione al Convegno “ Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti”*, Vercelli-Torino, 20-21 novembre 2014, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2015, 167 ss.

ALIBRANDI L., *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979.

ALLEG H., *La Question*, Parigi, 1958.

ALLEG H., *Tortura*, Torino, 1958.

ALLHOFF F., “A Defense of Torture”, in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2005, 243-264.

ALPA G., *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ e comm.*, II, 1997, 415 ss.

ALPA G., *La costruzione giuridica della dignità umana*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 15 ss.

ALPA G., *Premessa*, in M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787.

ALTAVILLA E., Voce *Difesa legittima*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 61 ss.

ALVAREZ J. A., *Torturing the Law*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2, 2006, 175 ss.

AMATI E., COSTI M., FRONZA E., *Introduzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 9 ss.

AMATI E., *I crimini di guerra*, in E. ARMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 437 ss.

AMATI E., MACULAN E., *Crimini contro l'umanità*, in AMATI E., COSTI M., FRONZA E., P. LOBBA, MACULAN E., VALLINI E., *Introduzione al diritto penale internazionale*, III ed., Torino, 2016.

AMATO G., Art. 13, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1977, 334 ss.

AMATO S., PASSIONE M., *Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 gennaio 2019, 1 ss.

AMATO, *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in *Guida dir.*, 2002, n. 42, 64 ss.

AMBOS K., *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol 6 (2), 2008, 261 ss.

AMÉRY J., *Intellettuale a Aushwitz*, trad. E. GANNI, Torino, 2011.

AMIRANTE C., *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Roma, 1980.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e migranti*, novembre 2016, consultabile nel sito <http://www.amnesty.org>.

AMORTH A., *La Costituzione italiana, (commento sistematico)*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1999, 1085 ss.

ANGEVIN E., *Tortures et actes de barbarie*, Art. 222-1 à 222-6, in *Juris-Classeur Pénal*, 3, 15 giugno 2006, Parigi.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2017.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Vol. I, XVI ed., Milano, 2016.

ANZON A., LUTHER J., HÄBERLE P., *La legge Fondamentale tedesca*, Milano, 1997.

ANZON DEMMIG A., *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 1020 ss.

ARAI-YOKOI Y., *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21 (3), 2003, 385 ss.

ARCHIBUGI D., BEETHAM D., *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milano, 1998.

ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007.

ARDIZZONE S., Voce *uso legittimo delle armi*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992.

ARENDT H., *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. KHON, Torino, 2010.

ARIOLLI G., *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 3368 ss.

ARNOLD R., *La sicurezza come oggetto del diritto: la situazione in Germania*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 173 ss.

ASHWORTH A., *Security, Terrorism and the Value of Human Rights*, in B. J. GOOLD, L. LAZARUS (a cura di), *Security and Human Rights*, Oxford, 2007, 203 ss.

ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Boumedine et al. v. Bush, et al.; Al Odah et al. v. United States, del 12 giugno 2008. Detenzione di cittadini non statunitensi nella base militare di Guantánamo. Habeaus Corpus. Violazione della Suspension Clause* (Art. I, § 9, cl. 2), in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 09 dicembre 2008.

ATTERITANO A., *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi int. eur.*, 2008/3, 665.

AUSSARESSES P., *Services spéciaux Algérie 1955-1957: Mon témoignage sur la torture* (2001), trad. it., *La battaglia d'Algeri dei servizi speciali francesi, 1955-1957*, Gorizia, 2007.

AVOLA FARACI R. M., *Prassi di polizia e tortura degli indagati: considerazioni intorno alla sentenza Selmouni della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2000, 601 ss.

AZZALI G., *Voce Stato di necessità*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971.

BAKER J. H., *An Introduction to English Legal History*, II ed., London, 1979.

BALDINI V., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2/2013, 1 ss.

BALLADORE PALLIERI G., *Diritto bellico*, Padova, 1954.

BALSAMO A., *L'art. 3 della Cedu e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2014, 3926.

BALSAMO A., TRIZZINO L., *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2011, 2806.

BANK R., *International Efforts to Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?*, in *European Journal of International Law ("EJIL")*, vol. 8, 1997, 613 ss.

BARAK EREZ D., *An International Community of Legislature?*, in R. W. BAUMAN, T. KAHANA (a cura di), *The Least Examined Branch: The role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, 2006, 532 ss.

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 22 ss.

BARATTA A., *Prefazione a S. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

BARBERIS M., *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, 2017.

BARBIERI M. C., *La riduzione in schiavitù*, in P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni. Danni da reato. Responsabilità processuale, Pubblica amministrazione*, Vol. VI, Padova, 2011, 691 ss.

BARBIERI M. C., *La riduzione in schiavitù. Un passato che non vuole passare. Un'indagine storica sulla costruzione e i limiti del "tipo"*, in *Quaderni*

fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 39, n. 1, 2010, 229-297.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, II, Bologna, 1984.

BARQUÍN SANZ J., *Delitòs contra la integridad moral*, Barcellona, 2001.

BARRETT J., *The Prohibition of Torture under International Law*, in *The International Journal of Human Rights*, Vol. V, nn. 1-2, 2001, 1 ss.

BARTOCCI M., *Il reato di tortura manca solo in Italia e in Germania*, in *Il Manifesto*, (web)-<http://www.ilmanifesto.it>, 8 aprile 2015.

BARTOLI R., “Chiaro e oscuro” dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: emergenze anticipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, 137 ss.

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.

BARTOLI R., *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, 170 ss.

BARTOLI R., *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 3, 303 ss.

BARTOLINI G., *Articolo 41*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 703.

BARTOLOMEI F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987.

BASILE F., *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*, Milano, 2008, 36 ss.

BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 54, n. 4, 2011, 1564-1593.

BAŞOĞLU M., *Torture and Its Definition In International Law: An Interdisciplinary Approach*, Oxford, 2017.

BASSIOUNI M. C., DERBY D., *An Appraisal of Torture in International Law and Practice*, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 48, 1977, 17 ss.

BASSIOUNI M. C., *The Institutionalization of Torture under the Bush Administration*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2, 2006, 389 ss.

BASSU C., *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, 2006.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Torino, 1970.

BECCHI P., *Dignità umana*, in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Torino, 2007.

BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Brescia, 2013.

BECCHI P., *La dignità umana nel "Grundgesetz" e nella Costituzione italiana*, in *Ragion prat.*, 38/2012, 25 ss

BECKET J., *Tortura in Grecia*, Milano, 1970.

BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Arch. pen. Speciale riforme web*, 2018, 1 ss.

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.

BELLAVISTA G., *Confessione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 917 ss.

BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 30 settembre – 1 ottobre 2007, in <http://www.cortecostituzionale.it>, 1 ss.

BELVISI F., *Lo scandalo del tragico: il caso del "ticking bomb"*, in *Ragion pratica*, 2, 2007, 399 ss.

BENAZZO A., *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, 2004.

BENVENISTI E., *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Consulta online 5 Journal of International Law*, 2008, 241 ss.

BENVISTI E., *The role of National Court in preventing torture of suspected terrorists*, in *European Journal of International Law*, 1997, 603 ss.

BERARDO F., *"La dignità umana è intangibile": il dibattito costituyente sull'art.1 del Grundgesetz*, in *Quad. cost.*, 2/2006, 387 ss.

BERCUSSON B., *European Labour Law and the EU Charter of fundamental Rights*, Baden-Baden, 2006,

BERNARDONI P., *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 11 aprile 2017.

BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003.

BETTIOL G., PETTOELLO L. MANTOVANI., *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., 1986.

BEUTLER B., *Strafbarkeit Der Folter Zu Vernehmungszwecken*, 2006.

BIANCHI A., *Immunity versus Human Rights: The Pinochet case*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, 237 ss.

BIANCHI D., *Riforma Orlando: il "nodo" della prescrizione*, in www.parolaalladifesa.it, 16 giugno 2017.

BIFULCO R. *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, 63 ss.

BIFULCO R., CARTABIA M., CELLOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Corte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2011.

BIN R. , *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

BIN R., *Democrazia e terrorismo*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, 39-54.

BINDA M., AIMI A., *Art. 44*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, 2016, 711.

BIONDI F., *Quale dialogo tra le Corti*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019, 2-15.

BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, vol XXII, Dalloz, 2003.

BIRNBACHER D., *Menschenwürde – abwägbar oder unabw ä gbar?*, in *Biomedizin und Menschenwürde*, a cura di M. KETTNER, Frankfurt a.M, 2004, 249-271.

BISCARETTI DI RUFFÌA P., *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947- 49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1990, 3 ss.

BISOGNI G., BRONZINI G., PICCONI V. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. La carta dei diritti: casi e materiali*, Taranto, 2009.

BITETTI L., *Sull'uso legittimo delle armi*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 701 ss.

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, vol.IV, Ch. 25, Oxford, 1765.

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

BOGNETTI G., *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Riv. it. dir. pen e proc.*, 1960, 271 ss.

BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

BONINI C., *Guantanamo. Usa, un viaggio nella prigione del terrore*, Torino, 2004.

BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1, 2018, 1 ss.

BORGNA G., *L'insostenibile leggerezza del non-essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di*

Strasburgo. *Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *Quad. SidiBlog*, vol. II, 2015, 468 ss.

BORGOGNO R., *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*, in *Giur. It.*, 2004, 379.

BORTOLUZZI M., *La prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso Habré*, in *Indice penale*, fasc. 1, 2017, 494 ss.

BOSCARELLI M., Voce *Legittima difesa* (diritto penale), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 57.

BOULESBAA A., *An Analysis of the 1984 Draft Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Dickinson Journal of International Law*, 1986, 185 ss.

BOULESBAA A., *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999.

BOULESBAA A., *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Nijhoff, The Hague, 1999, 5 ss.

BRANCHE R., *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, Gallimard, 2001.

BRANCHE R., *La Torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie. 1954-1962*, Parigi, 2001.

BRECHER B., *Torture and the Ticking Bomb*, Madlen, 2007.

BRICCHETTI R., L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *Guida dir.*, 2009, n. 10, 62.

BRUGGER W., *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, IV ed., 2000, 661 ss.

BRUGGER W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Juristen-Zeitung*, vol. 55, 200, 165–173.

BRUGGER W., *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, ora in P. NITSCHKE (a cura di), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Verortung*, Bochum, 2005.

BRUGGER W., *Freiheit und Sicherheit. Eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*, Baden-Baden 2004.

BRUGGER W., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *Juristen Zeitung*, 2000, 165 ss.

BRUGGER W., *Würde gegen Würde*, in *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, 1995, 414 ss.

BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale. Atti del Seminario Ferrara, 25 settembre 2020*, in *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, fasc. n. 4, 2020, 1 ss.

BUERGENTHAL T., *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 19 n. 4, 1997, 705.

BUFFA F., *La Cedu e la Diaz 2.0*, in *Quest. giust.*, (web) - <http://www.questionegiustizia.it>, 28 giugno 2017.

BURATO J., *Contrasto al finanziamento di imprese produttrici di mine antipersona e munizioni a grappolo: sul rinvio presidenziale del 27 ottobre 2017*, in *Giur. pen.*, (web) - <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 2017, 1 ss.

BURCHARD C., *Torture on the Jurisprudence of the Ad Hoc tribunals: A critical assessment*, in *Journal of Criminal Justice*, vol. 6, 2008, 159 ss.

BURGERS J. H., DANELIUS H., *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*, Dordrecht, 1988.

BÜRLI N., *The Principle of Non- Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Israel Law Review*, 50, 2017, 245-250

BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indigente attualità*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)- <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 giugno 2013, 56.

BUZZI F., *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento ed alla quantificazione della sofferenza morale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 1 ss.

CADOPPI A., *Aspetti comparatistici e brevi riflessioni sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 169-179.

CADOPPI A., P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Vol. II., 2017.

CALAMANDREI P., *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in *Il Ponte*, n. 3, 1949, 230.

CALANDRI M., Bolzaneto. *La mattanza della democrazia*, Roma, 2008.

CALIGIURI A., *L'obbligo aut dedere aut judicare nel diritto internazionale*, Milano, 2012.

CANCELLARO F., *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen*

contemp., (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 novembre 2017, 1 ss.

CANCELLARO F., *Pubblicate le osservazioni del Comitato Onu contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Riv. dir. pen. contemp.*, fasc. 1, 2018, 301-305.

CANCELLARO F., *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 giugno 2017.

CANDELMO C., *Il ruolo italiano nella pratica delle extraordinary renditions: il caso Nasr et Ghali c. Italie*, in *Osservatorio cost.*, 3, 2016, 1 ss.

CANOSA USERA R., *El derecho a la integridad personal*, Valladolid 2006.

CAPUTO A., *L'emergenza sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2007, 1098 ss.

CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.

CARBONELL MATEU J. C., GONZÁLEZ CUSAC J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, a cura di T. S. VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, 892 ss.

CAREDDA M., *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 165 ss.

CARMONA A., *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 717.

CAROLEO GRIMALDI N., *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 6/2020, 2349 ss.

CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee*, Bologna, 2007.

CARUSO C., *La tutela penale della "dignità umana": tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, *Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004*, pubblicata in *Rivista Giuridica on-line «l'Ircocervo»*, n. 1/2005, www.filosofiadeldiritto.it.

CARUSO S., *La miglior legge del regno. Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di Jhon Selden (1584- 1654)*, Tomo I, Milano, 2001.

CASALE P. P., *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arc. Pen.*, n. 2, maggio-agosto 2017, 620-639.

CASSESE A., *A new Approach to Human Rights – the 1987 Convention for the Prevention of Torture*, in *American Journal of International Law*, 1998, 128

CASSESE A., *Crimes against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the international Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002, 374.

CASSESE A., GAETA P., *Cassese's International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2013.

CASSESE A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988.

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2008.

CASSESE A., *Il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumani o degradanti*, in *Riv. intern. Dir. dell'uomo*, 1992, 11 ss.

CASSESE A., *Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008.

CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford, 2003.

CASSIBBA F., *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. Pen. contemp.*, fasc. 4/2018, 109 ss.

CASSIBBA F., COLELLA A., *Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 66 ss.

CASSIBBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 27 aprile 2015, 1 ss.

CASTALDO M. E., *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida dir.*, 18, 2007, 40 ss.

CASTORINA E., *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse di una "democrazia europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 307 ss.

CASTRONUOVO D., *Ad Diruendum Hostem. Il difficile inquadramento dei trattamenti inumani e degradanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 239-244.

CATALANO E. M., *Il problema della confessione estorta*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 192 – 227.

CATALDI G., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, 754.

CATALDI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della [Corte EDU] in materia di tortura*, in DUDI, 2008, 50 ss.

CATALDI G., *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 565.

CATERINA D., *La dignità umana quale valore (super) costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 239-273.

CAVALIERE A., *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2009, 43, ss.

CECCHERINI E., (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

CECCHERINI E., *La tutela della dignità della persona quale fondamento del divieto di tortura. L'assolutezza dei principi nelle normative costituzionali e convenzionali di fronte al nuovo relativismo delle emergenze. Le indicazioni della L.110/2017*, presentato al Convegno «*Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni*», Genova, 8-9 febbraio 2018.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 23 gennaio 2017, 21 ss.

CELLI U., *Il Diritto alla Verità nell'ottica del Diritto Internazionale: il caso brasiliano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 6/2017, 205 ss.

CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.

CERRINA FERONI G., MORBIDELLI G., *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 31 ss.

CERRINA FERRONI G., FROSINI T. E., TORRE A., *Codice delle Costituzioni*, vol. 1 Torino, 2009.

CESARIS L., *Art. 41-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, III ed., Padova, 2019.

CHARLESWORTH H., *Universal Declaration of Human Rights (1948)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, 13 ss.

CHARNEY J. I., *Progress in International Criminal Law*, in *American Journal of Int. Law*, 1999, 452 ss.

CHAVEAU A., HÉLIE F., *Théorie du Code Pénal*, II ed. belga annotata, vol.I., Bruxelles, 1858, 769.

CHENAL R., *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi, Rivista di Ermeneutica giuridica*, 2, 2018, 35 ss.

CHENAL R., *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e [Corte EDU]*, in *Leg. pen.*, fasc. 1, 2006, 171 ss.

CHENAL R., *Trattamenti inumani e degradanti nella prospettiva della centralità dei diritti fondamentali*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 245-278.

CHIESSI A., SCARDOVI G., *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 318 ss.

CHIODI G., *Tortura "in caput alterius", confessione "contra alios" e testimonianza del correo nel processo criminale medioevale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, D. MANTOVANI, Pavia, 2014, 673-728.

CIAURRO L., MARCHESI A., *Introduzione ai diritti umani*, Firenze, 1998.

CIMIOTTA E., *Aut dedere aut judicare, universalità “condizionata” e [CAT]*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2013, 105 ss.

CINGARI F., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in F. PALAZZO (a cura di), *La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Diritto penale*, Padova, 2005, 212.

CISTERNA A., *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, 18 ss.

CLARKE A., *Creating a Torture Culture*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, 1-50.

COHEN B., *Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System's Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories*, in *Indiana International and comparative law review*, vol. 12, 2001, 75-106.

COLACCI M. A., *Problemi vecchi e nuovi a proposito dell'art. 53 cod. pen.*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 153 ss.

COLE D. D., (a cura di), *The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable*, New York, 2009.

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1817.

COLELLA A., CASSIBBA F., *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ, (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 64 ss.

COLELLA A., *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle “extraordinary renditions”*, in *Dir. pen. cont.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 6 novembre 2010.

COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 aprile 2018, 1 ss.

COLELLA A., *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di “tortura” (art. 613-bis c.p.)*, in *Sistema penale* (web) – <http://www.sistemapenale.it>, 16 gennaio 2020.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo, 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, vol. 2, 2011, 221 ss.

COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 22 luglio 2014.

COLELLA A., *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2019, 811-858.

COLELLA A., *La sentenza della Cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 ottobre 2012.

CONANT L., *Who Files Suit? Legal Mobilization and Torture Violations in Europe*, in *Law and Policy*, 2016, 38 (4), 280 ss

CONDE PUMPIDO TOURÓN C., *Arts 138 a 385*, in C. CONDE PUMPIDO FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1997, 2144

CONDE-PUMPIDO TOURÓN C., *El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal*, in *La Ley*, Tomo 6, 1996.

- CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli, 1992.
- CONSO G., SACCUCCI A., *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001.
- CONSTANTINESCO L. J., *Il metodo comparativo*, (trad. it.), Milano, 2000.
- CONTE P., *L'apparence en matière pénal*, Thèse Grenoble, 1984, n° 886
- CONTE P., *Special Criminal Law*, in *LexisNexis*, V ed., 2016, n. 211
- CONTE P., *Torture et actes de barbarie . Définition*, in *Droit penal*, n. 9, 2017, comm. 121.
- CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.
- CONTIERI E., *Lo stato di necessità*, Milano, 1939.
- CONTIERI E., *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961.
- CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983.
- CORDERO F., *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004.
- COSNARD M., *Quelques observations sur le décisions de la Chambre de Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999, dans l'affaire Pinochet*, in *Revue générale de droit int. public*, 1999, 308 ss.
- COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 –bis)*, in *St. iuris*, 1/2018, 3 ss.
- COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Torino, 2019, 387 ss.
- COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A.(a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008,

COURSIER H., *Définition du droit humanitaire*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1955.

CRAMER P., *sub § 343StGB*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 ed., München, 1997, 2284.

CRIPPA M., *Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 27 ottobre 2016, 1 ss.

CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3a ed., Cambridge, 2014, 240.

CULLEN A., *Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the [ECtHR]*, in *California Western International Law Journal*, vol. 34, 2003, 29 ss.

CURZER H. J., *Admirable Immorality, Dirty Hands, Ticking Bombs, and Torturing Innocents*, in *Southern Journal of Philosophy*, 44, I, 2006, 31-56.

D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sopranazionali) del favor rei*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia. Atti del seminario (Ferrara, 6 maggio 2005)*, Torino, 2005, 12 ss.

D'ANDREA L., MOSCHELLA G., RUGGERI A., SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea*, Torino, 2016.

D'ELIA S., DEL TURCO M., *Tortura democratica. Inchiesta su «La comunità del 41-bis reale»*, Venezia, 2002.

D'IPPOLITO E., *La sentenza “Diaz”, tra pulsioni in malam partem e tipi d'autori “simpatici” e “antipatici”: qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2013, 2240 ss.

DANELIUS H., *Protection Against Torture in Europe and the World*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD, (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 263 ss.

DANI M., *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, in www.gruppodipisa.it, 10 giugno 2016, 16 ss.

DANISI C., *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Diritto.it*, (web) - <http://www.diritto.it>, 29 ottobre 2009.

DANNER M., *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, in *New York Review Books*, 2004, 115.

DASSANO F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 336.

DAVIDSON S., *Human Rights*, Buckingham, 1993.

DE ALBUQUERQUE P. P., GRANDI C., *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 393-409.

DE CARLO C., *Il dibattito statunitense sulla tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 335-349.

DE FRANCESCHI P., *Divieto di tortura: dai principi internazionali alla Legge 110/2017*, in *Giur. pen.*, (web) – <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 1 ss.

DE FRANCESCO G. V., *La proporzione nello Stato di necessità*, Napoli, 1978.

DE FROUVILLE O., *The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, 642 ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L., *¿Justificación de la tortura? Insuficiencia de la normativa penal internacional*, in *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, 700

DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L., *El delito de tortura. Concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204bis del Código Penal*, Barcellona, 1990.

DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L., *Tortura y otros atentados contra la integridad moral*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, 61 ss.

DE PETRIS A., *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006.

DE SALVATORE G., *L'incidenza degli atti tipici di tortura sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'Assise di Lecce*, in *Cass. pen.*, 2017, 4530 ss.

DE SALVATORE G., *L'incidenza degli atti tipici di tortura sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'Assise di Lecce*, in *Cass. pen.*, 12, 2017, 4530 ss.

DE SANTIS A., *Il divieto di tortura e trattamento disumano e degradante nell'ordinamento europeo: il caso della Gran Bretagna*, in *Diritto&Diritti*, 2004.

DE SENA P., DE VITTOR F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. it.*, 2005, 250 ss.

DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 1999, 933 ss.

DE SIMONE G., *Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie)*, in *Arc. pen.*, (web)- <http://www.archiviopenale.it>, 3/2013, 1 ss.

DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, 2013.

DE VERGOTTINI G., *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, 111, 2004, 1185-1211.

DE VERGOTTINI G., *Le risposte degli ordinamenti nazionali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVIII Convegno annuale (Bari, 17-18 ottobre 2003), Padova, 2007, 76 ss.

DE VERO G., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 292 ss.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012.

DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 76 ss.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

DE VERO, Voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1997.

DE VITTOR F., *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 427 ss.

DE VITTOR F., *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 427 ss.

DE. WET E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 15, 2004, 97 ss.

DECARO C., LUPO N., *Il dialogo fra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009.

DEL MAR DÍAZ PITA M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de de tortura y atentados contra la integridad moral*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol.I, 1977, 49.

DEL ROSAL BLASCO B., *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in M. COBO DE ROSAL (a cura di), *Derecho penal español : parte especial*, Madrid, 2005, 230.

DEL TORO MARZAL A., *El nuevo delito de tortura*, in AA.VV., *La Reforma del Derecho Penal*, Barcellona, 1980, 281 ss.

DEL TUFO M., *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Critica dir.*, 2000, 457 ss.

DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 567.

DELLA BELLA A., *“Il carcere duro” tra esigenze di protezione e tutele dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis c.p.*, Milano, 2016, XIII.

DELLA BELLA A., *Emergenza Covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale* (web) – <http://www.sistemapenale.it>, 1 maggio 2020.

DELLA BELLA A., *Il termine per adempiere alla sentenza Torregiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni*

sulla strategia da seguire, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 19 dicembre 2013, 4 ss.

DELLA MORTE G., *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147 ss.

DELLA TERZA E., *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971.

DELLI SANTI M., *Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. pol.*, 2007, 334 ss.

DELMAS-MARTY M., *The Paradigm of the War on Crime*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol 5 (3), 2007, 584 ss.

DELOGU T., *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *Arch. pen.*, I, 1972, 175.

DEMURO G. P., *Il Dolo: L'accertamento*, Milano, 2010.

DENNINGER E., *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Università degli Studi di Cassino, 2005.

DERSHOWITZ A. M., *Is It Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie About It?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, 198.

DERSHOWITZ A. M., *Should the Ticking Bomb Terrorist be Tortured?: a Case Study in How Democracy Should Make Tragic Choices.*, in M. K. B. DARMER, M. R. BAIRD, S. E. ROSENBAUM (a cura di), *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, New York, 2004, 189 ss.

DERSHOWITZ A. M., *Terrorismo: capire la minaccia, rispondere alla sfida*, trad. C. CORRADI, Roma, 2003.

DERSHOWITZ A. M., *Tortured Reasoning*, in S. LEVINSON (a cura di), in *Torture: a collection*, Oxford, 2004.

DERSHOWITZ A. M., *Why Terrorism Work: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, 2002.

DEZZA E., *Breve storia del processo penale inglese*, Tornio, 2009.

DI CESARE D., *Tortura*, Torino, 2016.

DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010.

DI FEDERICO G. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, from Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2013, 160 ss.

DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza nei casi facili. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui 'falsi elettorali'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.

DI MAIO A., *La criminalizzazione delle molestie assillanti nel nuovo codice penale spagnolo, tra l'esigenza di tutela della vittima ed il rispetto dei principi penali*, in <http://www.la legislazione penale.eu>, 29 luglio 2016, 14 ss.

DI MARTINO A., *Appunti sulla tipizzazione del fatto. Tra eredità storiche e questioni di tecnica legislativa*, in A. PROSPERI, A. DI MARTINO (a cura di), *Tortura. Un seminario*, Pisa, 2017, 97-109.

DI PAOLO G., *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2006, 2640 ss.

DI ROSA G., *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati dalla libertà personale*, in C. CONTI, G. MARANDOLA, A. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 127 ss.

DI SALVO E., *Sub art. 44*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2015, 320-342.

DI STASI A., *La tutela procedurale e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016.

DIAZ PITA M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, in *Estudios penales y criminológicos*, n. 20, 1997, 39.

DOLCE R., *Istigazione a delinquere*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 995 ss.

DOLCINI E., *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – www.penalecontemporaneo.it, 18 luglio 2018, 1 ss.

DOLCINI E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 dicembre 2018, 1 ss.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.

DOMINICÉ C., *Quelques observations sur l'immunité de jurisdiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, in *Revue générale de droit int. public*, 1999, 296 ss.

DONELLY J., *The emerging International regime against Torture*, in *Netherlands International Law Review*, 1986, 1 ss.

DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 19-73.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.

DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI, (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 19-73.

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, (web)- <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3/2016, 13-38.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2006, 735 ss.

DONINI M., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Gli Speciali di Quest. Giust.*, 2016, 113-144.

DONINI M., PAVARINI M (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

DONINI M., PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3559 ss.

DORMENVAL A., *Procedures Onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'homme: limites ou défauts?*, *Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales Genève, Presses Universitaires de France*, Parigi, 1992, 13-33.

DOVA M., *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2013, p. 948.

DREIER H., *Art. 1*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, II ed., 2004.

DRIGO C., *La dignità umana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 16 ss.

DUFFY P. J., *Article 3 of the [ECHR]*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32(2), 1983, 316 ss.

DÜRIG G., *Der Grundrecht von der Menschenwürde*, in P. HÄBERLE, W. S. GLAESER, H. MAURER (a cura di) *Gesammelte Schriften*, 1984, 127 ss.

DUX H., *Meinungen zur "Folter diskussion"*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003.

DWORKIN R., *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*, 2006, trad. it. *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, 52.

EBOLI B., *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, 2010.

EDMONDS D., *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014.

EMMERSON B., ASHWORTH A., MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, 743 ss.

EMMINS C. J., SCANLAN G., *A Guide to the Criminal Justice Act 1988*, Londra, 1988.

ESPOSITO A., *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 49 ss..

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

ESPOSITO A., *La giustizia penale tra patti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo e l'azione del Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa*, in *Atti dell'incontro di studio (dicembre 1978) svoltosi a Siracusa sul tema Diritto penale internazionale*, Roma, 1979, 124 ss.

ESPOSITO A., *La sentenza Labita era evitabile? Riflessione sulla titolarità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 226 ss.

ESPOSITO V., *Intervento del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 30 gennaio 2009, 1 ss.

EVANS M. D., *Getting to Grips with Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, 372 ss.

EVANS M., MORGAN R., *Preventing torture: a Study of European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, 1998, 41-52.

FABBRO A., *Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in *Cass. pen.*, 2003, 2322 ss.

FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arc. Pen.*, 3/2017, 1 ss.

FANCHIOTTI V., *Il gusto "amaro" del segreto*. V., altresì, M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Gli Speciali di Questione e Giustizia*, 2016, 100 ss.

FANOLI F., *Gli elementi costitutivi del reato di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. pen.*, 10/2020, 927-931. FANON F., *Les damnés de la terre*, trad. it. a cura di L. ELLENA, Torino, 2007.

FARAGUNA P., *Corte costituzionale contro Corte internazionale di Giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quad. cost.*, (web) - <http://www.forumcostituzionale.it>, 2 novembre 2014.

FARINA A., VASTA V., *Monitoraggio Corte Edu novembre 2018. Rassegna di sentenze e decisioni della Corte EDU rilevanti in materia penale sostanziale e processuale*, in *Dir. pen. contemp.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 febbraio 2019.

FARRELL M., *Just How Ill-treated Were You?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 489.

FASANI F., *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016.

FERRAJOLI L., *Due ordini di politiche e garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Gli Speciali di Questione giustizia*, 2016, 40.

FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 140 ss.

FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, Milano, 2008 161 ss.

FERRANTE M. L., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2, 2012, 592 ss.

FERRANTI G., *Uno strumento innovativo per la tutela dei diritti umani in Europa: la Convenzione europea per la prevenzione della tortura*, in *Riv. internaz. dei diritti dell’uomo*, fasc. 2, 1988.

FERRARA G., *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546-562.

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Foro it.* 2009, 6, II, 305 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, IV ed., Vol. II, tomo primo, IV ed., Bologna, 2013.

FIANDACA G., MUSCO E., *Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura*, Addenda alla VII ed. del manuale *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017.

FINN P., *Police Torture Threat Sparks Painful Debate in Germany*, *The Washington Post*, 8 marzo 2003.

FIORAVANTI C., *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, fasc. 3, 2004, 555 ss.

FIORAVANTI M., *Costituzione Italiana: art. 2*, Roma, 2017.

IORE C., IORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., Assago, 2020.

IORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.

IORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.

IORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Milano, 1953.

IORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. II, Milano, 1954.

FIorentin F., *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in fasc. 3/2018, 5 ss.

FIORIO C., URBINATI F., *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Arc. pen.*, 1, 2018, 1 ss.

FISCHER N., *sub § 343StGB*, in *Strafesetzbuch*, 64 ed., München, 2017, 2543 ss.

FLICK G. M., *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI, (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 42.

FLICK G. M., *Libertà individuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1975.

FLOR R., *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in. FORNASARI G., WENIN R.,(a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali (Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015)*, Napoli, 2017, 325-359.

FLORA G., *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino: dagli abusi dei torturatori agli abusi del legislatore. Note a margine dell'introduzione di un'esangue fattispecie di tortura*, in *L'Indice Penale*, 2017, 980-987.

FLORA G., *Il nuovo articolo 613-bis-c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 343-349.

FORNACIARI M. B., *Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Giust. pen.*, 4/ 2015, 252 ss.

FORNACIARI M. B., *Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *La Giust. pen.*, 2015, fasc. IV, II, 252 ss.

FORNARI L., *La pratica delle “conseguenze straordinarie” in altri Stati di individui sospettati di terrorismo e il ricorso alle “garanzie diplomatiche”*, in I. PAPANICOLOPU (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2019, 125 ss.

FORNARI L., *La pratica delle “consegne straordinarie” in altri Stati di individui sospettati di terrorismo e il ricorso alle “garanzie diplomatiche”*, in I. PAPANICOLOPU (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2009, 125 ss.

FORNARI M., *La [CAT]*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006.

FORNASARI G., *L'attualità dell'invettiva di Beccaria contro la tortura*, in L. PICOTTI (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire. Atti della sessione penalistica del Convegno attualità e storicità di «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione (Verona, 24 ottobre 2011)*, Napoli, 2015, 94.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Torino, 1975.

FOX H., *The Pinochet Case No. 3*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, 687 ss.

FRANZIN D., *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.

FRIEDMAN D., *Torture and the Common Law*, in *E.H.R.L.R.*, 2006, 180 ss.

FROMME F. K., *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Tübingen 1960.

FRONZA E., *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti umani fondamentali: riflessioni sulla teoria del “margine nazionale di apprezzamento”*, in *St. quest. crim.*, 2006, 31- 47 ss.

FROSINA P., *Riforma Orlando e prescrizione dei reati contro la P.A.: un intervento incoerente e poco utile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 5, 681 ss.

FROSINI J. O., PENNICINO S., *La lotta al terrorismo nella patria dell’habeas corpus*, in M. CALVINO, M. G. LOSANO, C. TRIPODINA, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Torino, 2009, 66.

GAETA P., *May Necessity Be Available as a Defense for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. II, 2004, 785 ss.

GAETA P., *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, 183 ss.

GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Riv. A.I.C.*, fasc. 4, 2017.

GALLIANI D., *The right to hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2014, 404 ss.

GALLO E., *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1514 ss.

GALLO M., *Dolo (Diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 801 ss.

GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 560 ss.

GALLUCCIO A., *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018.

GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss.

GAMBERINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI, G. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 351-358.

GAMBERINI A., *La punizione della tortura entra dalla porta di servizio, il testo in Gazzetta*, in *Quotidiano giuridico (web)* - <http://www.quotidianogiuridico.it>, 19 luglio 2017.

GAMBINI F., *Il principio di dignità*, in P. CENDON, (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, vol. I, Torino, 2005, 232 ss.

GAMBINO S., *Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 241-266.

GANNINI M. S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, n.1, 1973, 179-274.

GARCÍA ARÁN M., *La protección penal de la integridad moral*, in J.L. DíEZ RIPOLLÉS (a cura di), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, 1241 ss.

GARÇON E., *Art. 341 à 344*, in M. ROUSSELET, M. PATIN, M. ANCEL (a cura di), *Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour*, II ed., Parigi, 1956, n. 56.

GARLATI L., *Il “grande assurdo”: la tortura del testimone nelle pratiche d’età moderna*, in *Acta Histriae*, 19, (1-2), 2011, 81-104.

GATTA G. L., *Elusione di un obbligo internazionale di incriminazione: il Presidente Mattarella rinvia alle Camere ex art. 74, co. 1 Cost. la legge sul contrasto al finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo*, in *Riv. dir. pen. contemporaneo*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 11, 2017, 225 ss.

GATTA G. L., GIOSTRA G., *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema Penale*, (web)-<http://www.sistemapenale.it>, 21 gennaio 2020.

GATTA G. L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

GATTA G. L., *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sistema penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 09 dicembre 2019.

GATTA G. L., *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di Appello e di Cassazione*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 gennaio 2019.

GAZZETTA C., *L’emergenza terroristica. Appunti di geometrie costituzionali*, in *Arch. pen.*, fasc. 3, 2014, 1 ss.

GAZZETTA C., *Terrorismo, emergenza e diritti fondamentali nella prospettiva comparata. Il caso Israele*, *Quaderni di Nomos*, Milano, 2013.

GEFTER V., *“Torture” in Criminal Law: Legal Norms and Standards of Judicial Review*, in *Legal Dialogue* (web) - <https://legal-dialogue.org/torture-in-criminal-law>, 06 novembre 2017.

GENEUSS J., *Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals’ “Unique Context” and the Flexibility of the European Court of Human Rights’ Case Law*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 404 ss.

GENNUSA M., *La dignità umana e le sue anime. Spunti alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in N. ZANON, (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli-Roma, 2006.

GIANNELLI A., PATERNÒ M. P. (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004.

GINBAR Y., *Why not torture Terrorists: Moral, Pratical and Legal Aspects of the “Ticking Bomb” Justification for Torture*, Oxford, 2008.

GIOSTRA G., *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, , in *Sistema penale* (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 13 gennaio 2020.

GIRALDI F., *Prime applicazioni del reato di tortura: commento a due pronunce del Tribunale di Lecce*, in *Cammino Diritto*, (web) – <http://www.rivista.comminodiritto.it>, 2 luglio 2020, 2-17.

GIULIANI A., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, XII, 2-3, 1986, 81-90.

GIULIANI A., *Prova (fil.dir)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 518-547; ID., *L’ordo judicarius medioevale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*, in *Riv. dir. proc.*, XLIII, 3, 1988, 598-614.

GIULIANI BALESTRINO U., *Dovere di soccorso e stato di necessità*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1981, 891.

GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 2738.

GLENSY R.D., *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 65 ss.

GOGORZA A., *A La dignité humaine*, in J. C. SAINTPAU (a cura di), *Traité des droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, n° 212.

GONNELLA P., *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

GONNELLA P., *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Pol. dir.*, fasc. 3, 2017, 416.

GONNELLA P., *Un reato fantasma ma l'unico chiesto dalla Costituzione*, in *Il Manifesto*, 18 maggio 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC J. L., *Delitos de torturas y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)*, in CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, 1996, 77.

GORI A., *Articolo 3 CEDU. Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in *L'altro diritto*, 2015.

GRABENWARTER C., *The [ECHR]: Commentary*, Monaco, 2014, 31 ss.

GRANATA G., *L'art. 41-bis ord.pen (c.d. carcere duro): garante della salute pubblica o usurpatore di garanzie costituzionali?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 627.

GRANATA L., *Le garanzie in materia penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I casi italiani*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti dell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 71 ss.

GRAZIANI F., *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4, 2014, 595 ss.

GRECO L., *Las reglas detràs la excepcìon. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de caso de las ticking time bombs*, consultabile online in www.indret.com, 2007, 1 ss.

GREENBERG K. J. (a cura di), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2006.

GREGORI G., *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1979.

GREPPI E., *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, 26-32.

GRIMA LIZANDRA V., *Delitos contra la integridad moral*, in F. J. BOIX REIG, (a cura di), *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, II ed., 2016, 291 ss.

GRIMA LIZANDRA V., *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Universitat de València, 1998.

GROPPI T., «Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*, in *Rivista di diritti comparati*, (web) - <http://www.diritticomparati.it>, 2020, 1-10.

GROPPI T., *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, (web) - <http://www.giurcost.org>, 2015, I, 1 ss.

GROSS E., *Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights*, in *The Ucla of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 6, 2001, 89 ss.

GROSS O., *Are Torture Warrants Warranted?*, in *Minnesota Law Review*, 88, 6, 2004, 1534-1553.

GROSS O., *The Prohibition on Torture and the Limits of the Law*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture: a collection*, Oxford, 2004, 229 ss.

GROSSI P. F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI, (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 97 ss.

GROSSI P. F., *Libertà personale, libertà di circolazione ed obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.

GROSSO C. F., *Difesa Legittima e stato di necessità*, 1964.

GROSSO C. F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964;

GROSSO C. F., *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo, nello stato di necessità e nella legittima difesa*, in *Studi Antolisei*, II, 1965.

GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2020.

GROSSO C. F., *Struttura e sistematica dei delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1963, 443 ss.

GROSSO C. F., Voce *Legittima difesa* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 27 ss.

GUADAGNUCCI L., BARTESAGHI E., *La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2018, fasc.2, 35.

GUALAZZI A., *La prova nel processo penale inglese: vecchi e nuovi principi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1641 ss

GUAZZAROTTI A., *Eguaglianza e pari dignità*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma 2011, 196 ss.

GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.

GULLO L., *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, in *Democrazia e Diritto*, 2/1960, 56.

GUR ARYE M., F. JESSBERGER, *The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tollerated? Reflections in light of recente German and Israeli experiences*, in *Israel Law Rew Review*, vol. 44, 2011, 229 ss.

GUR-ARYE M., *Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogation? Reflections in Light of the Israeli Experience*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A collection*, 2004, 183.

GUTTERIDGE J. A., *The geneva Conventions of 1949*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, 46, 294.

HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003.

HÄBERLE P., *La controversia sulla riforma della legge fondamentale tedesca*, in *Quad. cost.*, 1993, 279 ss.

HALL K. C., STAHN C., *Article 7 Crimes Against Humanity*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS, *The Rome Statute of ICC. A. Commentary*, III ed., Monaco, 2016, 205 ss.

HANSON E., *Discovering the Subject in Renaissance England*, Cambridge, 1998.

HANSON E., *Torture and Truth in Renaissance England*, in *Representations*, n. 34, 1991, 53-85.

HAQUANI Z., *La Convention des Nations Unies contre la Torture*, in *Revue générale de droit International publique*, 1986, 127 ss.

HARBI M., STORA B. (a cura di), *La Guerre d'Algérie. 1954-2004, la fin de l'amnésie*, Parigi, 2004.

HARRIS D., O' BOYLE M., Wabrick, *Law of European Convention on Human Rights*, ed. III, Oxford, 2014.

HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 125 ss.

HATHAWAY O. A. et al., *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law Review*, vol. 96, 2012, 1883 ss.

HEALT J., *Torture and English law: An Administrative history from the Plantagenets to the Stuart*, Westport, 1982.

HECKER W., *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz*, in *Kritische Justiz*, Vol. 39, n. 2/2006, 186.

HECKER W., *Relativierung des Folterverbots in der BRD?*, in *Kritische Justiz*, 36/2, 2003, 210-218.

HELPER M., *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 novembre 2017, 102 ss.

HENCKAERTS J. M., DOSWALD BECK L., *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, 303.

HERDEGEN C., Art.1, in T. Maunz & G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 2005.

HEYMAN P. B., *Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol.25, n. 2, 2002, 453 ss.

HILGENDORF E., *Folter im Rechtsstaat?*, in *JuristenZeitung*, 2004, 331 ss.

HOFFMANN D., ROWE J., *Human Rights in the UK. An Introduction to the Human Rights Act 1998*, Essex, 2010.

HOOPER J., *Germans wrestle with rights and wrongs of torture*, *The Guardian*, 27 febbraio 2003, 18.

HOPE D., *Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, 812.

IGNATIEFF M., *Il male minore. L'etica politica nell'era del terrorismo globale*, trad. di G. B. ANDORNINO, Milano, 2006.

INGLESE C., *The UN Committee against torture: an assessment*, in *Kluwer Law International*, The Hague, 2001, 70-71.

INGRAO C., *Tortura*, in *Il Penalista (web)*- <http://www.ilpenalista.it>, 25 settembre 2017, 1 ss.

INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.

INSOLERA G., *Riflessioni sullo stato di necessità*, in *Quest. crim.*, 1980, 65.

IZENBERG D., LYNFIELD B., *Human-Rights Groups Applaud GSS Ruling*, in *Jerusalem Post*, 7 settembre 1999, 2 ss.

JAHN M., *Gute Folter, schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und volkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff «Folter» im Spannungsfeld von Pravention und Repression*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 87, 2004, 33 ss.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 109 ss.

JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI, (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 3 ss.

JAKOBS G., *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di) *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss.

JARDINE D., *A reading on the Use of Torture in Criminal Law of England, Previously to the Commonwealth*, Londra, 1837.

JENKINS D., *The European Legal Tradition against Torture and Implementation of Article 3 of the [ECHR]*, in *Public Law*, 2007, 15 ss.

JESSBERGER F., *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, 1059.

JESSBERGER F., *Wenn du nicht redest, füge ich dir große Schmerzen zu*, in *Juristische Ausbildung*, 2003, 711 ss.

JHONES J., *Human Dignity in the EU Charter of Fundamental Rights and its Interpretation Before the European Court of Justice*, in *Liverpool Law Review*, 2012, 285 ss.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003.

KARUMI B., *Protection of the Right Against Torture under International Human Rights Law: A Critical Appraisal*, in *Journal of Law, Policy and Globalization*, 2015, 37, 204-212.

KELLER H., MARTI C., *Reconceptualizing implementation: The judicialization of the execution of the European Court of Human Rights' judgments*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2015/4, 829.

KELLY T., *The UN Committee against Torture: Human Rights Monitoring and the Legal Recognition of Cruelty*, in *Human Rights Quarterly*, 31, 567-591.

KINZIG J., *Not Kennt kein Gebot?*, in *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, 792 ss.

KNOP K., *Here and There: International Law in Domestic Courts*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2000, 501 ss

KOH H. H., *A World without Torture*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, 662 ss.

KOH H. H., *Can the President Be Torturer in Chief?*, in *Indiana Law Journal*, 2006, 1145 ss.; J. D. OHLIN, *The Torture Lawyers*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, 193 ss.

KOLB R., *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, 254 ss

KOLB R., *The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and 1949 Geneva Conventions*, in *ICRC*, 1998, 409 ss.

KOSKENNIEMI M., *The Fate of Public International Law*, in *Modern Law Review*, 70 (1), 2007, 1-30.

KRASMANN S., *Die Folter im Recht*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtreform*, 2006, 231.

KRAUSE C., SCHEININ M., *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku, Abo Akademi University, Institute for Human Rights, 2009, 677.

KREIMER S. F., *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror*, in *Journal of Constitutional Law*, 2003, 278 ss.

KREMNITZER M., SEGEV R., *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?*, in *Israel Law Review*, vol. 34, 2000, 516-527.

KREMNITZER M., SEGEV R., *Using Force During Investigations by the General Security Service--The Lesser Evil?*, in *Mishpat U – Mimshal*, vol. 4, 1998, 528-558.

KREMNITZER M., *The Landau Commission Report--Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *Israel Law review*, vol. 23, 1989, 216 ss.

KRESS C., *On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 855 ss.

KRETSCHMER J. B., *Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?*, in *Recht und Politik*, 2003, 103-118.

KÜPER W., *Darf sich der Staat espressen lassen?*, Heidelberg, 1986.

LA ROSA E., *E' giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di Tortura? Luci e ombre di un provvedimento da troppo tempo atteso (col*

rischio di un'ennesima occasione mancata), in *Ordine internazionale e diritti umani*, (web) - <http://www.rivistaoidu.net>, 2017, 360 ss.

LA TORRE M., *La giustizia della tortura. Variazioni sul tema*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1, 2014, 3 ss.

LA TORRE M., LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.

LA TORRE M., *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 17-41.

LA TORRE M. "Giuristi, cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, tomo II, 2007, 1331 ss.

LAGBEIN J. H. , *Torture and the law of Proof- Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago, 1997.

LALATTA COSTERBOSA M., *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016.

LANG A., *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AMADEO, SPILATERI, (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, 209 ss.

LANZA G., *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno*, in *L'indice penale*, 2011, 741 ss.

LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisfo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)- <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 febbraio 2016, 24 ss.

LANZI A., SCOVAZZI T., *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2004, 685 ss..

LASCURAIN SANCHEZ A., in R. MOURULLO (a cura di), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, 504 ss.

LATERRA G., *Storia della tortura*, Firenze, 2007.

LATTANZI F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983.

LATTANZI F., *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 154 ss.

LATTANZI G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1801 ss.

LAZREG M., *Torture and the Twilight of Empire: From Algiers to Baghdad*, Princeton, 2008.

LEGRAND P., *The Same and the Different*, in P. LEGRAND, M. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 240 ss.

LEINER G., *Quale inquadramento giuridico per la tortura subita in carcere? Maltrattamenti in famiglia o abuso di autorità contro arrestati o detenuti?*, in *Foro it.*, 2014, IV, 260 ss.

LEOTTA C. D., *Voce Tortura (reato di)*, in *Dig. disc. pen.*, X aggiornamento, Torino, 2018, 865-874.

LEPSIUS O., *Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act*, in *German Law Journal*, 9, 2006.

LEVINSON S., *Torture: a collection*, Oxford, 2004.

LEWIS M., *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in MALPAS J., LICKISS N. (a cura di), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht, Springer, 2002, 97 ss.

LIOTTI G., FARINA B., *Sviluppi traumatici. Eziopatogenesi, clinica e terapia della dimensione dissociativa*, Roma, 2011.

LOBBA P., MARINIELLO D. (a cura di), *The Cross-Fertilization Rhetoric in Question: Use and Abuse of the European Court's Jurisprudence by International Criminal Tribunals*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, 363 ss.

LOBBA P., MARINIELLO D. (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden-Boston, 2017.

LOBBA P., *Obblighi internazionali e nuovi confini della tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 113-158.

LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. pen. contemp.*, fasc. 10, 2017, 181 ss.

LONATI S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 19 maggio 2011.

LÓPEZ FONT MARQUEZ J. F., *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Universidad de Granada, 1993, 92 ss.

LORELLO L., *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, in *Democrazia e sicurezza*, n.1/2017, 3 ss.

LOSCHI F., *Il delitto di tortura nell'ordinamento italiano: una fattispecie incriminatrice in cerca d'Autore*, in *Arch. pen.*, (web) - <http://www.archiviopenale.it>, 2, 2014, 16 ss.

LOWELL A. L., *The Judicial Use of Torture*, in *Harvard Law Review*, 1897, 220 ss.

LUBAN D., *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge-New York, 2007, 165 ss.

LUBAN D., *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in K. J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, 36 ss.

LUBAN D., *Torture, Power and Law*, Cambridge, 2014.

LUCIANI M, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 84-93.

LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.

LUCIANI M., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassato. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 1060 ss.

LUHMANN N., *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993.

LUMISTE E., *Prohibition of torture, inhuman or degrading treatment and punishment*, 2014-2015, reperibile online, al sito <https://humanrights.ee/en/topics-main/inimoigused-eestis/inimoigustearuanne/human-rights-estonia-2014-2015/prohibition-of-torture-inhuman-or-degrading-treatment-and-punishment/>.

LUPARIA L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.

LUPO E., *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte Internazionale di Giustizia*, in *Quest. giust.*, n. 1/2015, 64 ss.

LUTHER J., *Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra*, in ASSOCIAZIONE CULTURALE ITALO-TEDESCA LA SPEZIA (a cura di), *Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia, 1998, 23 ss.

MACCHIA M., *Confessione nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 25 ss.

MACRÌ F., *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 362.

MADISON J., HAMILTON A., JAY J., *The Federalist Papers*, a cura di I. KRAMNICK, Penguin, 1987, 398 ss.

MAESTRI E., *Genealogie della dignità umana*, *Dir. e quest. pubb.*, 9/2009, 515.

MAGI L., *Il commercio di beni utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in *Riv. dir. internaz.*, fasc. 2, 2007, 384 ss.

MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, VII ed., Dalloz, 2015.

MALBRANCQ E., *La pénétration d'un bâton dans l'anus d'un jeune garçon est-elle constitutive du crime de viol ?*; Cass. crim., 6 décembre 1995, *Bull. crim.* n° 372.

MANACORDA S., *"Dovere di punire?" Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.

MANCA V., *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. pen. (web)* – <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 2016, 10;

MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015, 178 ss.

MANDEL M., *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, vol. 33, 259-321.

MANES V. *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 luglio 2012, 1 ss.

MANES V., *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in G. GIUDICELLI DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT, (a cura di), “*Devoir de punir*”. *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, in *Société de législation comparée*, vol. 32, Parigi, 2013, 79 ss.

MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013.

MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 9 ss.

MANES V., *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, n. 46, 2006, 34 ss.

MANES V., *Principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 839 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro la persona*, Vol. I, VI ed., Milano, 2016.

MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 484 ss.

MANZELLA A., MELOGRANI P., PACIOTTI E., RODOTÀ S., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

MAQUEDA ABREU L., *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, in AA. VV. (a cura di), *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986, 471 ss.

MARCHESI A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, 463 ss.

MARCHESI A., *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. internazionale*, 2018, fasc. 1, 131 ss.

MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 1993, fasc. 4, 1993, 979 ss.

MARCHESI A., *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, 195 ss.

MARCHESI A., *Tortura, una legge amara ma non inutile*, in *Il manifesto*, 27 giugno 2017.

MARCHESI A., *Tortura. Qualcosa è cambiato*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 359-367.

MARCHESI A., *Il caso Reverberi e gli attuali limiti della collaborazione italiana alla punizione di criminali internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015/1, 218 ss.

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, 155-167.

MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 26 maggio 2014, 1 ss.

MARELLA M. R., *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2007, 67 ss.

MARINI A., *Voce uso legittimo delle armi: diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, XX, 1975, 26.

MARINO G., *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 ss.

MARINUCCI G., *Cause di giustificazione*, *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 135 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, (aggiornata da E. DOLCINI, G. L. GATTA), IV ed., Milano, 2017.

MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss

MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI, (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale*, Napoli, 2006, 84 ss

MARIOTTI M., *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 febbraio 2016.

MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, (trad. it), Milano, 2004.

MARSHALL J., *Torture Committed by Non- State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, 171 ss.

MARTINEZ ESCAMILLA M., *Immigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿ Hasta dónde estamos dispuestos allegar?*, in *Indret Revista para el análisis del derecho*, 2009, 3, 26 ss.

MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.

MATTHEUDAKIS M. L *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in A. CADOPPI, P.VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol.II, tomo I, II ed., Milano, 2017, 254 ss.

MAUGERI A. M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1134 ss.

MAUGERI A. M., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010.

MAUGERI A. M., *Tutela della libertà morale*, in D. PULITANÒ. (a cura di), *Diritto penale. Parte Speciale. Tutela penale della persona*, Vol. I, Torino, 2011, 231 ss.

MAUSS-COPEAUX C., *Algérie 20 août 1955. Insurrection, répression, massacre*, Parigi, 2011.

MAYAUD Y, *Torture et actes de barbaries. De la définition à la motivation. Infractions contre les peronnes*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2020.

MAYAUD Y., *Les organes ou représentants, relais de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Lexbase Pénal*, 7, 2018.

MAYER J., *Outsourcing Torture. The Secret History of America's «Extraordinary Rendition» Program*, in *The New Yorker*, 14 febbraio 2005.

MAZZA O., *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in *Sistema Penale (web)* – <http://www.sistemapenale.it>, 21 gennaio 2020.

MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, 432 ss.

MCCOY A. W., *Una questione di Tortura. I metodi di interrogatorio della CIA, dalla guerra fredda alla guerra al terrore*, Roma, 2008.

MCGOLDRICK D., *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and political Rights*, Oxford, 1991.

MELONI C., *Ancora in tema di immunità giurisdizionale degli Stati e responsabilità (civile) per i crimini di guerra*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4 febbraio 2014.

MELONI C., *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *Dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 24 ottobre 2014.

MENDEZ J. E., *How international Law Can Eradicate Torture: a Response to Cynics*, in *Southwestern Journal of International law*, 22, 2016, 247-267.

MENEGATTO M., ZAMPERINI A., *Violenza e democrazia. Psicologia della coercizione: torture, abusi, ingiustizie*, Milano, 2016.

MERLO A., *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Foro It.*, n. 3, 2020, parte II, 161 ss.

MERON T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989.

MERON T., *Human Rights in International Strife: Their International Protection*, Cambridge, 1987.

MERON T., *The Principle of Legality in International Criminal Law*, in ID., *The Making of International Criminal Justice. The View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, 2011, 110 ss.

MESKELE K., *Interpretation of Article One of the Convention against Torture in Light of the Practise and Jurisprudence of International Bodies*, in *Beijin Law Review*, 2014, 49-61.

MESSINEO D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012.

MEZZETTI L., *Diritti e doveri*, Torino, 2013.

MEZZETTI L., *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, vol XV, Torino, 1999, 137 ss.

MEZZETTI L., *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Pen.*, vol. XV, Torino, 1998.

MILLER S., “*Is Torture Ever Morally Justifiable?*”, in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2005, 179-192.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.

MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964.

MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica dir.*, fasc.1, 2011, 45-77.

MONTESQUIEU C. L., *Lo spirito delle leggi*, a cura di R. DERATHÉ, vol. I, Milano, 1989.

MOORE M. S., *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, 23, 1989, 280-344.

MORELLI F., *Brevi spunti su talune questioni controverse in materia di prescrizione*, in *Sistema penale (web)* - <http://www.sistemapenale.it>, 26 febbraio 2020.

MORGAN R., EVANS M., *Combating torture in Europe. The work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, 2001.

MORULLO G. R., *Comentario al artículo 15*, in Ó. ALZAGA (a cura di), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1996.

MOWBRAY A. R., *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Portland, Oregon, 2004.

MUGNAI G., *Differimento della pena per grave infermità e principi costituzionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 3, 370 ss.

MUÑOZ CONDE F., *Derecho penal. Parte Especial*, XXII ed., Valencia, 2019.

MUÑOZ SÁNCHEZ J., *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, C. ROMEO CASABONA, P. L. COPELLO (a cura di) *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. 2, Valencia, 2004, 53 ss.

MURDOCH J., *The Treatment of Prisoners: European standards*, Strasburgo, 2006.

NAGAN W. P., ATKINS L., *The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, 87 ss.

NAGEL T., *Questioni mortali. Le risposte della filosofia ai problemi della vita*, Milano, 2001.

NAGEL T., *War and Massacre*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol I, n. 2, 1972, 123-144.

NANIA R., *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989.

NAPOLETANO N., *Il ripristino dell'habeas corpus a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, n. 3.

NASCIMBENE B., *Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 645 ss.

NAZZARO U., *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Riv. pen.*, 1/2018, 19-25.

NEGRI D., *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3950 ss.

NEGRI D., *Diritto al silenzio e verità estorte. Regressioni della storia, reticenze dell'Europa, ipocrisie domestiche*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 161 ss.

NEGRI S., *"Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Dir. pen e proc.*, 12/2016, 1657 ss.

NEGRI S., *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (Artt. 2 e 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 115 ss.

NEPPI MODONA G., *Sui presupposti della tutela del minore*, in *Riv. It. Dir. pen e proc.*, 1970, 887 ss.

NEUHAUS R., *Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2004, 521 ss.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale?*, Torino, 2006.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NICOSIA E., *Il c.d. 41bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 3, 2009, 1240 ss.

NISCO A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012.

NISCO A., *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsicherheitsgesetz)*, in *Cass. pen.*, n. 2/2007, 780-804.

NOWAK M., MCARTHUR E., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008, 84.

NOWAK M., *What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, 810-813.

NTOUBANDI F. Z., *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Leiden, 2007.

NUVOLONE P., *Nota redazionale alla l. 22 maggio 1975 n. 152*, in *Ind. pen.*, 1975, 249 ss.

OEHLING DE LOS REYES A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

OHLIN J. D., *The Torture Lawyers*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, 193 ss.

OLIVETTI M., *Art. 1. Dignità umana*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 45 ss.

OLIVIERO B., *Apologia e istigazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 618.

OLLARD R., *Arts. 222-1 à 222-6-2, Tortures et actes de barbarie*, in *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, 2017, par. 5 ss.

ONIDA V., *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come «sottoprodotti» davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 875 ss.

OPSAHL T., *The Human Rights Committee*, in P. ALSTON (a cura di), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, 1995.

ORAKHELASHVILI A., *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?* in *Eur. Journ. Int. Law*, 2008, 162-168.

ORFINO M., *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 395 ss.

ORIOLO A., *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Bari, 2006, 177.

ORLANDI R., *Documento introduttivo*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 1-8.

ORTEGA L. I., *Los Derechos Protegidos*, in AA.VV. (a cura di), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la Convención europea y de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1979, 70 ss.

ORTINO S., *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano 1966.

OTTOLENGHI E., *Una sentenza della Corte Suprema israeliana sulla facoltà dei servizi di sicurezza di fare uso della forza nel corso di interrogatori*, in *Dir. pubb. comp.eur.*, IV, 1999, 1489 ss.

PACE A., *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2, 2013, 177-206.

PACE A., *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 989-1000.

PADELLETTI M. L., *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008/2, 349.

PADOVANI T., *Tortura: Adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, n.1, 27 ss.

PADOVANI T., *Difesa legittima di interessi patrimoniali e facoltà di arresto da parte del privato*, in *Giur. it.*, 1975, II, 609.

PADOVANI T., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 675 ss.

PADOVANI T., *Lezione II sulla tortura alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, Pisa, 2015.

PADOVANI T., *Quaestio in caput sociorum. Alle origini dell'obbligo del reo di collaborare alle indagini*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 67-77.

PADOVANI T., *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida dir.*, 27 gennaio 2007, 6 ss.

PADOVANI T., STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006.

PADOVANI T., *Tortura, Lezione I sulla tortura alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, Pisa, 2015.

PADOVANI T., *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015.

PADOVANI T., *Voce Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 496 ss.

PAGANO M., *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787.

PAGLIARO A., *“Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.

PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione Giustizia*, 2006, n. 4, 666 ss.

PALAZZO F., *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 633 ss.

PALAZZO F., *Per un piano di salvataggio della giustizia penale contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455 ss.

PALAZZO F., *Persona (Delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol XXXIII, Torino, 1983.

PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, n. 1/2016, 57.

PALERMO F., WOELK J., *Germania*, Bologna, 2005.

PALERMO F., *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto*, Trento, 1997.

PALERMO P., *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra Convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Riv. pen.*, 10, 2009, 1186 - 1190.

PALICI DI SUNI PRAT E., CASELLA F., COMBA M., *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità Europea*, Padova, 2001.

PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 873 ss.

PALIERO C. E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011.

PALIERO C. E., *La fabbrica del golem*, in *Riv. dir. pen e proc.*, 2000, 466 ss.

PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 733 ss.

PALMA M., *Igiene linguistica: cos'è tortura, cos'è trattamento inumano e degradante*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg, carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Roma, 2013, 175.

PALMA M., *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Roma, 2013, 171 ss.

PALMA M., *Inquietudini del nuovo millennio*, in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, Padova, 2010, 206 ss.

PALMA M., *La necessità del divieto assoluto di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 369-391.

PALMA M., *La tortura è alla pagina web*, in P. GONNELLA, A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006, 16 ss.

PANTORE A., *Non c'è libertà senza sicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 102 ss.

PANZANI L., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Presidente della Corte d'Appello di Roma*, riportata nel sito <http://www.giustizia.lazio.it>, 1 febbraio 2020, 140 ss.

PANZARASA M., *Profili problematici del dolo intenzionale quale veicolo ordinario di istanze politico-criminali*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2009, 4430.

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

PARISI N., RINOLDI D., *La protezione dello straniero nello spazio giuridico europeo: il contributo della giurisprudenza internazionale. Un nuovo*

approccio nel “vecchio Continente”?, in *Quest. giust., Seminario nazionale. L’immigrazione che verrà*, Catania, 20-21 febbraio 2015, consultabile sul sito <http://www.questionegiustizia.it>.

PARRY J. T., *Judicial Restraints on Illegal State Violence: Israel and the United States*, in *Vand J. Transnat’l.*, Vol. 35, 2002, 74 ss.

PARRY J. T., WHITE W. S., *Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?*, in *University of Pittsburgh law review*, vol 63, 2002, 743 ss.

PASCULLI M. A., *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova, 2011.

PASSIONE M., EUSEBI L., *Giustizia: reato di tortura? Cambiatelo, o sarà inutile*, 16 dicembre 2014, in (web) – <http://www.ristretti.org>.

PASSIONE M., *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in *Giur. pen. web.*, 2017, 1 ss.

PASSIONE M., *Il reato che non c’è; quello che ci serve*, in C. PERONI, S. SANTORSO (a cura di), *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, Milano, 2015.

PASTORE B., *La tortura, lo Stato di diritto, l’abisso dell’eccezione*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 11-15.

PATANÉ V., *Voce Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, II, 745 ss.

PATRNOGIC J., *Human Rights and international humanitarian law*, in *Bulletin of Human Rights*, 1, 1991, 1 ss.

PATRUNO L., *Il Congresso americano vara il "Military Commission Act": l'estremismo dello «stato di eccezione» e l'incostituzionalità delle sue regole "speciali"*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 20 ottobre 2006.

PAUST J., *Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees*, in *Columbia Journal of International Law*, 2005, 811 ss.

PAVARINI M., *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 262 ss.

PECCIOLI A., *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019.

PECCIOLI A., PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, vol. I, ed. VI, Padova, 2018, 197 ss.

PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962.

PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 343 ss.

PEERS S., WARD A.(a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004.

PELAZZA M., *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.* (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 gennaio 2013.

PELISSERO M., *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 del 2017]*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Torino, 2018 227 ss.

PELISSERO M., *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 343 ss.

PENSO G., *La legittima difesa nel nuovo codice penale*, Messina, 1936.

PÉREZ MACHÍO A. I., *Artículo 174*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Comentarios al Código penal*, Valladolid, 2010, 691 ss.

PERRON W., *Foltern in Notwehr?*, in B. HEINRICH, E. HILGENDORF, W. MITSCH, D. STERNBERG – *Lieben*, (a cura di) *Festschrift für Ulrich Weber*, 70, Bielefeld, 2004, 143-154.

PETERS E., *Torture (Expanded Edition)*, Philadelphia, 1999.

PETERS E., *Torture*, New York-Oxford, 1985.

PEZZELLA V., *Truffa sul conseguimento di erogazioni pubbliche: attenti alla prescrizione*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 38, 31 ss.

PEZZIMENTI C., *L'incidenza della prescrizione sulla piena tutela dei diritti fondamentali della vittima del reato*, in F. M. CORTESI, E. LA ROSA, L. PARLATO, N. SELVAGGI, (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, 2016, 105 ss.

PEZZIMENTI C., *Nella Scuola Diaz-Pertini fu tortura: La Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, in *Giur. it.*, 7/2015, 1709 ss.

PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen e proc.*, 2/2018, 153 ss.

PICOTTI L., *Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 1997, 350 ss.

PICOTTI L., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, I, 1997, 297 ss.

PICTET J. S., *Le droit international humanitaire: définition*, in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Parigi, 1986.

PICTET J. S., *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1952-1959.

PIEPOLI G., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2007, 23 ss.

PIFFERI M., *Veritas inquisitio per tormenta. Verità, corpo e dolore nella tortura giudiziaria medioevale*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 43-66.

PIGHI G., *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene disumane o degradanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 1989, 1643.

PIHLAJAMÄKI H., *The Painful Question: The Fate of Judicial Torture in Early Modern Sweden*, in *Law and History Review*, Vol. 25, N. 3, 2007, 557-592.

PIRAGOFF D. K, ROBINSON D., *Article 30 – Mental Element*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, III ed., Baden Baden, 2016, 1117 ss.

PIRIS J.C., *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010.

PIROZZOLI A., *Dignità. Le contraddizioni*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino 2016, 1785 ss.

PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma 2007.

PIROZZOLI A., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012.

PISA P., *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in *Annuali fac. giur.*, Genova, 1971, 145.

PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 2, 216 ss.

POCAR F., *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, 7 ss.

POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino 2018.

POLLOCK F., MAITLAND F. M., *The History of English law before the time of Edward I*, II ed., Cambridge, 1968.

PORTILLA CONTRERAS G., *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in M. COBO DEL ROSAL, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I., Madrid, 1996, 288 ss.

POSNER E. A., *Torture, Terrorism, and Interrogation*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A Collection*, Oxford, 295 ss.

POSNER E. A., VERMEULE A., *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, OUP, New York, 2007.

POSNER R. A., *Not a Suicide Pact. Constitution in a time of National Emergency*, Oxford, 2006 Oxford, 2006.

PRENCE M., *Torture as Jus Cogens Norm*, in *Juridica Acta Universitatis Danubius*, 2011, 2, 87-98

PREZIOSI S., *Il delitto di tortura tra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, 1769-1771.

PRITTWITZ C., *La tortura in situazioni di assoluta necessità ed emergenza (Rettungsfolter): occasione per una nuova valutazione della tortura?* In L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 181-192.

PROST M., *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, 2012.

PROVERA A., *Art. 613-bis*, in S. SEMINARA, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario Breve al codice penale*, Padova, 2017, 2115 ss.

PROVOLO D., *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, Padova, 2018.

PUGIOTTO A., *La disciplina della legge n. 110 del 2017 di fronte agli obblighi costituzionali e convenzionali. Criticità costituzionali, interpretazioni adeguate e concrete prospettive di eccezioni di legittimità*, presentato al Convegno “«Il reato di tortura introdotto dalla l. 110/2017: prime letture e riflessioni», Genova, 8-9 febbraio 2018.

PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir.pen contemporaneo (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2, 2014, 129 ss.

PUGIOTTO A., *La galera "amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. Cost.*, fasc.3, 2014, 573 ss.

PUGIOTTO A., *Purché se ne vadano. La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli 2010.

PUGIOTTO A., *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Napoli, 2013, 193 ss.

PUGIOTTO A., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla L. n. 110 del 2017)*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2018, 389 ss.

PUGIOTTO A., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla L. N. 110 del 2017)*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, 79-112.

PUGIOTTO A., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. contemp.* (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 5 marzo 2013, 1 ss.

PUGLIESE V., *Il recente reato di tortura: antico obbligo costituzionale e internazionale*, in *La giust. pen.*, fasc. 2, 2018, 57-64.

PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2013, 1613 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale, Tutela penale della persona*, vol. I, Torino, 2014.

PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Torino, 1990.

PULITANÒ D., *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *Sistema penale*, (web) - <http://www.sistemapenale.it>, 26 febbraio 2020.

PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010.

PULITANÒ D., *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, II, 1984, 232 ss.

PULITANÒ D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1806 ss.

PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G.

VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.

PULITANÒ D., *Principio di eguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. num. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.

PULITANÒ D., *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994.

PUSTORINO P., *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 63 ss.

PUSTORINO P., FRONZA E., *Commento all'art. 4*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2017, 73 ss.

PUSTORINO P., *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. um. dir. int.*, 2007/3, 678 ss.

QUATTROCCHI M., *Diritti dei detenuti*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti del territorio*, Torino, 2015, 18 ss.

QUINTERO OLIVARES G., *Las decisiones extremas ante el Derecho penal*, in AA.VV. (a cura di), *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, 953.

RACCA A., *La crisi colpisce i valori? La questione della dignità umana e il caso ungherese*, in *Lessico di etica pubblica*, 5, 2014, 95-104.

RAMACCI F., *Segreto di Stato, salus rei publicae e "sbarramento" ai p.m.*, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 1015 ss.

RAMPONE J. M., *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali ?* in *Osservatorio Cost.*, 3/2017, 1 ss.

RASSAT M. L., *Droit pénal spécial. Infractions des et contre des particuliers*, V ed., Dalloz, 2006, 301 ss.

RAZZANO G., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014.

REBOLLO VARGAS R., *Titulo VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in J. CÓRDOBA RODA, M. GARCÍA ARÁN, (a cura di), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Madrid, 2004, 272.

REICHMAN A., KAHANA T., *Israel and the Recognition of Torture: Domestic and International Aspects*, in C. SCOTT (a cura di), *Torture as a Tort: Comparative Perspectives on the Development of trasnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001, 631 ss.

REIDY A., *The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross Archive*, vol 38, 1998, 513.

REINFELD M., *How moderate physical pressure turned into torture*, in *Ha'aretz*, 7, 1999.

REJALI D., *Torture and Democracy*, Princeton, 2007.

REPETTO G., *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.

RESTA E., *Anacronismi*, in P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

RESTA G., *Dignità Persone Mercati*, Torino, 2014.

RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 818 ss.

RICCIO S., *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936,

RIPAMONTI G., *Sub. art. 53*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milanofiori Assago, 2011, 849 ss.

RIPEPE E., *La dignità umana, il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. RODRÍGUEZ MESA M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, Comares, *Col Critica del Derecho*, 2000, 208 ss.

RIPEPE E., *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014,

RISICATO L., *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in *lacostituzione.info*, 6 luglio 2017.

RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del delitto penale e crimini contro l'umanità*, in *Discrimen*, 28 luglio 2018, 1 ss.

RIVELLO P. P., *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 6, 2002, 22 ss.

RIVELLO P. P., *Le «risposte» nazionali ai crimini di guerra: analisi di una serie di incertezze e lacune*, in *Comunità int.*, 2003, 65.

RIVERA BEIRAS I., *El Derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones contraídas por los Estados, en especial, el español*, in AA.VV. (a cura di), *Privación de libertad y derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Barcellona, 2008, 54 ss.

ROBINSON D., *“Article 7 (1) (f) - Crime Against Humanity of Torture”*, in S. R. LEE (a cura di), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, 90 ss.

ROBINSON D., *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, 925 ss.

ROBINSON P. H., *Letter to the Editor*, in *Israel Law review*, vol. 23, 1989, 189 ss.

RODLEY N. S., POLLARD M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, III ed., Oxford, 2011.

RODLEY N., POLLARD M., *Criminalisation of Torture: State Obligations under the [CAT]*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 11(2), 2006, 119 ss.

RODLEY N.S., *The definition(s) of torture in international law*, in *Current Legal Problem*, vol. 55, Oxford, 2002, 467 ss.

RODRIGUEZ RAMOS L., *Codigo penal comentado y con jurisprudencia*, Madrid 2007.

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO J., *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15, 1996, 95 ss.

ROETS D., *Le crime française de “torture set actes de barbarie” a l’aune du droit International des droits de l’homme*, in *Droit repressi au pluriel: droit interne, droit International, droit européen, droits de l’homme: liber amicorum en l’honneur de Renée Koering-Joulin*, Limal, 2014, 664 ss.

ROGALL K., *Bemerkungen zur Ausageerpressung*, in *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004.

ROLLA G., *Dignità*, in M. FLORES, (diretto da), *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione, Dizionario*, vol. I, Torino, 2007, 308 ss.

ROLLA G., *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, 2008, 57 ss.

ROMANO M., Art. 54, in *Commentario sistematico del codice penale* (artt. 1-84), III ed., 2004, 576.

ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 415 ss.

RONCO M., *Persona (Delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

RONZITTI N., *Immunità e crimine internazionale di tortura*, in *Osservatorio di politica internazionale*, aprile 2015, 7 ss.

ROSSI L. S., (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.

ROXIN C., *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, in *Cuadernos de política criminal*, n. 83, 2004, 32 ss.

ROXIN C., *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, in AA.VV. (a cura di) *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, 461-471.

ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, München, IV ed., 2006.

ROZAKIS C. L., *Il giudice europeo come comparatista*, in B. MARKESINIS, J. FEDKE (a cura di), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, 460 ss.

RUGGERI A., *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Riv. Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2014, 30 maggio 2014, 1 ss.

RUGGERI A., *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *I quaderni europei*, n. 59, 2013, 4 ss.

RUGGERI A., *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in*

ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost., n. 238 del 2014, in Giur. cost. (web) - <http://www.giurcost.org>, 24 novembre 2014.

RUGGERI A., *La dignità dell'uomo ed il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online, (web) - <http://www.giuricost.org>*, fasc. 2, 2018, 392 ss.

RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3/1991, 343 ss.

RUGGIERI F., *Le prove trovate con la forza*, in A. GIANNELLI, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 201 ss.

RUOTOLO M. *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 3123 ss..

RUOTOLO M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, relazione presentata al Convegno “*I diversi volti della sicurezza*”, Università degli Studi di Milano – Bicocca, 4 giugno 2009, consultabile in <http://www.archivio.rivistaaic.it>.

RUOTOLO M., *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in A. M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 891-896.

RUOTOLO M., *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013, 13 ss.

S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

SACCO F., *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUZIO, (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 596 ss.

SACCUCCI A., *Commento alla ratifica dei Protocolli n. 1 e n. 2 alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (“Comment 10 on the ratification of Protocols No. 1 and No. 2 to the European Convention for the Prevention of Torture”), in *Dir. pen e proc*, fasc. 2, 1999, 416.

SACCUCCI A., *Profili di tutela dei diritti umani. Tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005.

SAINZ DEL ROBLES SANTA CECILIA C., *El artículo 204-bis del Código Penal, Estudios Penales en Memoria del professor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

SALERNO G. M., *Il segreto di Stato tra conferme e novità*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 57 ss.

SALERNO G. M., *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, in A. GIANNELLI, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.

SALIGER F., *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 38 ss.

SALVI I., *Da Genova a Strasburgo: la sentenza della Corte EDU. Cestaro contro Italia ci condanna per i “fatti della Diaz” del 2001. Nota a Corte eur. dir. uomo, Sez. IV 17 marzo 2015 (Cestaro c. Italia)*, in *Crit. dir.*, 2015, 180-198.

SANTANA VEGA D. M., *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 49 ss.

SARAMAGO J., *Cecità*, Milano, 2010.

SARTRE J. P. (a cura di), *La Grecia dei colonnelli*, Bari, 1970.

SARTRE J. P., *Morti senza tomba*, Milano, 1966.

SAULLE M. R., *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999.

SCABAX W. A., SAX H., *Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty. Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Child*, Leiden- Boston, 2006.

SCAFFARDI L., *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Napoli, 2011.

SCAROINA E., *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018.

SCHABAS W. A., *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2006, 349 ss.

SCHABAS W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, II ed., Oxford, 2010, 182.

SCHACHTER O., *The Obligation to implement the Covenant in Domestic Law*, in L. HENKIN, *The International Bill of Rights, the Covenant on civil and Political Rights*, New York, 1981, 311.

SCHARF M. P., *The Torture Lawyers*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010.

SCHELLER E., *Das verdrängte Entsetzen – zur Aktualität einer 400 Jahre alten Streitschrift wider den Hexenwahn in der Folterdebatte*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 712.

SCHIAFFO F., *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004.

SCHÜNEMANN B., *Kommentar zur Abhandlung von Luis Greco*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, 644-647.

SCIACOVELLI L. A., *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale*, in *La Comunità internazionale*, vol. 60, fasc. 3, 2005, 471-485.

SCOLETTA C., *La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle zone franche dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2014, 242 ss.

SCOLETTA C., *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, 428 ss.

SCOMPARIN L., *Il garante nazionale*, in F. CAPRIOLI, F. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 283 ss.

SCORZA E., *Il divieto di commercio di strumenti utilizzabili per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti (d.lgs. 12.1.2007 n. 11)*, in *Legislaz. Pen.*, fasc. 4, 2007, 679-691.

SCOVAZZI T., *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti umani*, in T. SCOVAZZI, I PAPANICOLOPULU (a cura di), *I diritti umani di fronte al Giudice internazionale*, Milano, 2009.

SCOVAZZI T., *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, 157 ss.

SCUTELLARI A., *Trattamenti inumani e nuove schiavitù. Proibizione della tortura e dei trattamenti inumani*, in P. GIANNITI (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015, 715-802.

SEGADO F. F., *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo come fonte di tutti i diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, par. 1 ss.

SELVAGGI E., *Il caso Abu Omar davanti alla Corte europea: qualche opportuna precisazione*, *Dir. pen. contemp.*, (web) – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 2 maggio 2016, 1 ss.

SENESE S., *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in S. ANASTASIA, (a cura di), *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 101 ss.

SERGES G., *Il diritto a non subire tortura. Ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, M. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 363 ss.

SERGES G., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc.2, 2015.

SERGES G., *La tortura giudiziaria*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES, (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, 215 ss.

SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2018, 2, 355 ss.

SETTEMBRE R., *Gridavano e piangevano, la tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Torino, 2014.

SGORBATI B., *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 71-82.

SHAHABUDDEEN M., *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 1007 ss.

SHELDON A., *Il processo penale inglese (il sistema accusatorio)*, Pisa, 1977.

SHLELEFF L., *On the Lesser Evil--On the Landau Committee Report*, in *Isr. J. Crim. Just*, vol. 1, 1999, 185.

SHORTS E., DE THAN C., *Human Rights Law in the UK*, Londra, 2011.

SHUE H., *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, 1978, 124.

SHUE H., *Torture*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A collection*, Oxford, 2004, 58 ss.

SICILIANO D., *L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici ed il diritto. (La situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)*, in *Quest. Giust.*, n.2/2008, 173 ss.

SICURELLA R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2008.

SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubb.*, 1/2014, 1 ss.

SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 10 ottobre 2007*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 14 marzo 2008, 1 ss.

SILVESTRI G., *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)- <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 ottobre 2018, 1 ss.

SIMONCINI R., *Un concetto di diritto pubblico: lo "Stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Dir. & Quest. pubb.*, 8, 2008, 197-211.

SITZIA L., *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011.

SIVAKUMARAN S., *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, 541 ss.

SLAUGHTER A. M., *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, 99 ss.

SOLF W., *Development of the protection of the wounded, sick and shipwrecked under the Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions*, in C. SWINARSKI (ed.), *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, 1984.

SOMMARUGA C., *Human Rights and international humanitarian law*, in *Bulletin of Human Rights*, 1, 1991, 55 ss.

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno Studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007.

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 171 ss.

SPERDUTI G., *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950

SPIGA V., *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. internaz.*, fasc. 4, 2011, 1183.

SPIZUOCO R., *Il potere di coazione del P.U. e la rapina aggravata*, in *Giust. pen.*, fasc. 1, parte II, 1978, 56 ss.

STANZIONE G., *Processo penale e dignità dell'uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, 25 ss.

STARAKIS J., *Dans les prisons des colonels*, Parigi, 1971.

STARCK C., *Art. 1 § 1*, in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 1999.

STATMAN D., *The Question of Absolute Morality Regarding the Prohibition on Torture*, in *Mishpat U- Mimshal*, vol.4, 1997, 161 ss.

STEIN V., *Uso legittimo delle armi*, in *Riv. pen.*, 1936, 1290 ss.

STEINHOFF U., *Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist*, in *Ist Folter erlaubt? Juristische und politische Aspekte*, 2006, 180 ss.

STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971.

STORTONI L., *Delitti contro la pubblica Amministrazione*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, A. GAMBERINI, G. INSOLERA, V. MANES, M. MANTOVANI, N. MAZZACUVA, F. SGUBBI, L. STORTONI, F. TAGLIARINI (a cura di), *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, VII ed., Milano, 2016, 202.

STRAUSS M., *Torture*, in *New York Law School Law review*, vol. 48, 2003, 215 ss.

SUDRE F., *Article 3*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (a cura di), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1999, 155 ss.

SUDRE F., *Les Obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 1995, 363 ss.

SUMMERER K., *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso ThissenKrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2, 2015, 426 ss.

SUPPINO L., *Reato di tortura, ecco chi blocca la legge*, in *L'Espresso* (web) - <https://espresso.repubblica.it>., 22 novembre 2016.

TAGLIARINI F., *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1980.

TAMARIT SUMALLA J. M., *Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, in F. MORALES PRATS, G. QUINTERO OLIVARES (a cura di), *Comentarios al Código penal español*, vol.I, Pamplona, 2016, 1193 ss.

TAMARIT SUMALLAN J. M., *Artículo 174*, in *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Pamplona, 2011, IX ed., 259 ss.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2013, 11 ss.

TANI I., *L'esperienza della Commissione nazionale sulla scomparsa di persone in Argentina*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, (a cura di) *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008.

TARDU M. E., *The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, 303 ss.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009.

TASSINARI G., *Atlante delle Guerre 1946-2004*, Milano, 2004.

TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum dei Quaderni cost.*, (web) - <http://www.giurcost.org>., 2008, 1 ss.

TERESTCHENKO M., *Du bon usage de la torture ou coment les démocraties justifient l'injustifiable*, Parigi, 2008.

TERRACINA D., *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nella fattispecie di reato*, in *Ind. pen.*, 2003, 667 ss.

TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Dir. e quest. pubb.*, 11/2011, 890-900.

TIGRINO A., *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra la tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Arc. Pen.*, 2018, 1 ss.

TINDALE C. W., *Tragic Choices: Reaffirming Absolutes in the Torture Debate*, in *International Journal of Applied Philosophy*, 19, 2, 2005, 209-222.

TOMUSCHAT C., *L'unità tedesca*, in *Giur. cost.*, 1991, 2523 ss.

TONIATTI R., *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002.

TORRE V., *I delitti contro la libertà morale*, in A. MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 571 ss.

TORRES M., *Revisión del delito de tortura tras la reciente Stedh de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «tortura de rescate» (Rettungsfolter)*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2014, 295 ss.

TOSATO E., *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in G. CONCETTI, (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982.

TRAPP R., *Wirklich «Folter» oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, in W. LENZEN (a cura di), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn, 2006, 95-134, 199.

TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 191 ss

TRIANNI M., *Tortura (art. 613-bis c.p.)*, in R. GAROFOLI (a cura di), *Compendio di diritto penale. Parte Speciale*, 2017, 672 ss.

TRIGGIANI E. (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011

TRIONE F., *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006.

TUNESI S., *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, (web) - <http://www.giurisprudenzapenale.it>, 11, 2017, 1 ss.

TURCO G., *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino, 2017.

TWINING W. L., *Torture and Philosophy*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 52, 1978, 143-194.

TWINING W. L., TWINING P. E., *Bentham on torture*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, Belfast, 1973, 308 ss.

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.

VALENTINO A., *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio cost.*, 3, 2016, 1 ss

VALENTINO A., *Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della CEDU: ragioni della pronuncia a ripercussioni sull'ordinamento. Nota a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Cestaro c. Italia, del 7/04/2015*, in (web) - <http://www.osservatorioaic.it>, luglio 2015, 1 ss.

VALSECCHI A., *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, in, F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 234 ss.

VAN DEN HERIK L., STAHN C., *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, 2012.

VAN DER VYVER J. D., *Torture as a crime under International Law*, in *Albany law Review*, vol. 67, 2003, 427 ss.

VAN SLIEDREGT E., VASILIEV S., *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, 2014.

VASSALLI G., *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in onore di G. Pisapia*, Vol. I, Milano, 2002, 534 ss.

VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dal'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss

VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.

VENEZIANI P., *Dolo d'impeto ed aggravante sulla crudeltà*, in *Dir. pen e proc.*, 5/2017, 604 ss.

VÉRON M., *Droit pénal spécial*, X ed., Dalloz, 2004.

VERONESI P., *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, a cura di S. CONTARINI, Milano, 2006.

VERVAELE J. A. E., *La legislazione anti-terrorismo, negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, 739 ss.

VIARO E., *Violenza e minaccia*, in *Nov. dig. it.*, XX ed., 1976, 968.

VIDAL- NAQUET P., *La Raison d'État. Textes publiés par le Comité Audin*, La Découverte, 2002.

VIDAL NAQUET P., *Lo Stato di tortura. La guerra d'Algeria e la crisi della democrazia francese*, Milano, 2012.

VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 4 luglio 2012.

VIGANÒ F., *Il diritto penale italiano davanti ai giudici della Cedu*, in *Giur. mer.*, supplem vol. XL – dicembre 2008, n. 12, 2008, 81 ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. Relazione al convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su "Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale"*, consultabile on line nel sito <http://www.penalecontemporaneo.it>.

VIGANÒ F., *Art. 51*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, 767 ss.

VIGANÒ F., *Art. 608*, in E. DOLCINI, G. L.GATTA, (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, 321 ss.

VIGANÒ F., *Art. 610*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. III, Milano, 2015, 20 ss.

VIGANÒ F., *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, IN A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 140 ss.

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.

VIGANÒ F., *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola v. Italia*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 aprile 2012.

VIGANÒ F., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della C.e.d.u.*, in *Giur. merito*, 2008, 102 ss.

VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. contemp.*, (web)-<http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 aprile 2015, 1 ss

VIGANÒ F., *La sentenza della corte internazionale di giustizia sui crimini nazisti: illegittime le sentenze italiane di condanna dello Stato tedesco*, in *Dir. pen. cont. (web)* - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 febbraio 2012.

VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Vol. IV, 2011, 2645- 2704;

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 244 ss.

VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 gennaio 2013.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Dir. pen. cont. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo.it>, 25 settembre 2014, 1 ss.

VIGNA P. L., BELLAGAMBA G., *La legge sull'ordine pubblico: commento articolo per articolo della legge 22 maggio 1975 n. 152*, Milano, 1975.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016.

VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

VINCIGUERRA S., *Codice penale tedesco*, Padova, 1994.

VIOLA F., *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III, 2006, 2863 ss.

VIOLANTE L., *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 986 ss.

VITOS J. L., *Torturas y otros delitos contra le integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los centros de internamento para extranjeros (1999-2014)*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2015, 9, 284 ss.

VITU A., *note sous CA Douai 10 octobre 1991*, in *Rev. sc. crim.* 1992, 69.

VON SPEE F., *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, a cura di A. FOA, Salerno, 2004.

VOSSEN N., *Sub § 343 StGB*, in R. HEFENDEHL, O. HOHMANN, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 5, 2014, 2344 ss.

WALDRON J., *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, 105, 6, 2005, 1681-1750.

WALINE M., *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, 1963, 371 ss.

WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, IX ed., Parigi, 1963.

WALLACE D. A., *Torture v. The Basic Principles of the US Military*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 309 ss.

WALZER M., *Political Action: the problem of Dirty Hands*, in *Phil & Pub. Aff.*, II, 1973, 168 ss.

WANGENLANDER G., *Zur Strafrechtlichen Beurteilung Der Rettungsfolter*, Berlino, 2006.

WATSON A., *Legal Transplants: an approach to comparative law*, Edimburgh, 1974.

WAUTERS J. M., *Torture and Related crimes – A Discussion of the Crimes Before the TPJ*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, 1998, 155 ss.

WEILERT A. K., *Grundlagen und grenzen des folterverbotes*, in *Verschiedenen Rechtskreisen*, 2009, 112-231.

WEISSBRODT D., HEILMAN C., *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in *Law and Inequality*, 2011, 29, 343-394.

WEISSBRODT D., HEILMAN C., *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in *29 Law and Ineq.*, 2011, 343 ss.

WEITIN T., *Wahrheit und Gewalt. Der Diskurs der Folter in Europa und den USA*, Bielefeld, 2010.

WELCH M., *Fare l'impossibile. Genealogia della tortura moderna*, in *Studi quest. crim.*, 3/2007, 41 ss.

WENIN R., *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Riv. dir. pen. contemp. (web)* – <http://www.penalecontemporaneo>, 4, 2016, 130-202.

WERLE G., *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, 2009.

WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2014.

WHITE R. C. A., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010.

WIENER A., LISTE P., *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, 2014, 263 ss.

WILLIAMS B., *Una critica all'utilitarismo*, in J. J. C. SMART, B. WILLIAMS, *Utilitarismo: un confronto*, Napoli, 1985, 104-168.

YOO J., *Transferring Terrorists*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 79 (4), 2004, 1183 ss.

YOUNG M. A., *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, 2012.

ZACCHÈ F., *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il reato di tortura*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 462 ss.

ZAGATO L., *Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura. La reazione del diritto*, in L. ZAGATO, PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, vol. IV, Padova, 2010.

ZAGREBELSKY G., *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: interrogativi a proposito di Broniowsky*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2008, 5 ss.

ZAGREBELSKY G., *Dignità e orrore*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino 2016, 2635 ss.

ZAGREBELSKY G., *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, diretta da F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, vol. IV, Torino, 1996, 533 ss.

ZAHAR A., *Torture*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, 537 ss.

ZAMBELLI B. V., *Teoria delle prove giudiziarie*, Bruxelles, 1842.

ZAMPERINI A., M. MENEGATO, F. VIANELLO, *La questione tortura in Italia*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, maggio-agosto 2018, 13 ss.

ZAMPERINI A., SIRACUSA V., MENEGATTO M., *Accountability and police violence: A research on account to cope with excessive use of force in Italy*, in *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2017, 172-183.

ZANASI F. M., *L'odioso reato di stalking*, Milano, 2012.

ZANETTI V., *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz. Il legislatore negligente, gli obblighi internazionali e la Corte costituzionale*, in *St. iuris*, 2012, 423.

ZANETTI V., *Maybe, there is a judge in Strasbourg? The European Court of Human Rights and Torture in Italy*, in *New Zealand Yearbook of International law*, 11, 2013, 156.

ZANETTI V., *Necessaria ma non sufficiente. La legge n. 237 del 2012 di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Studium iuris*, 9/2013, 939 ss.

ZANGHÌ C., *Il Regolamento di procedura della nuova Corte europea dei diritti dell'uomo: un tentativo per migliorare l'applicazione del controverso Protocollo n.11*, in *I Diritti dell'Uomo*, 3, 1997, 34.

ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.

ZIESCHANG F., *sub § 343 StBG*, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 13, 2009, 291 ss.

ZIMBARDO P. G., *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Milano, 2008.

ZIRULIA S., *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. contemp.*, (web) - <http://www.penalecontemporaneo.it>, 20 giugno 2017.

ZUCCA E., *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle convenzioni*, in *Studi sulla questione criminale*, vol.13, 2018, 67-80.

ZUCCA E., *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto, un altro grido nel deserto. L'Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in *Quest. giust.*, (web)-<http://www.questionegiustizia.it>, 22 novembre 2017, 1 ss.

ZUCKERMAN S., *Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth*, in *Israel Law Review*, Vol. 23, 1989, 357 ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L., *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia española nacional e internacional*, in F. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. NÚÑEZ PAZ, I. GARCÍA ÁLVAREZ, *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez barbero*, 2007, 875 ss.

RINGRAZIAMENTI

E' difficile esprimere in poche parole dei ringraziamenti che siano all'altezza di rispecchiare il riconoscimento verso le persone che mi hanno accompagnata in questo percorso di Dottorato.

Desidero, in primo luogo, ringraziare due importantissimi Maestri, il Prof. Pisa e la Prof.ssa Peccioli per la loro grande disponibilità ed umanità, per avermi guidata in un percorso che ha contribuito alla mia crescita personale e professionale e per avermi permesso di mettermi in gioco, spronandomi sempre a superare i miei limiti.

Un doveroso e sentito ringraziamento va alla mia famiglia, ai miei genitori, a mio nonno, a mio fratello, a Daniel, ai miei amici, ai miei colleghi, in particolare a Fiorenza e a tutti coloro che mi hanno sempre supportato e "sopportato" incondizionatamente e creduto in me.

Infine, ringrazio le mie due nonne Mariangela e Nella a cui questo lavoro è dedicato. Chi ci lascia su questa terra in realtà non ci lascia mai perché resta in noi il loro ricordo, il loro modo di pensare e vedere le cose. Con la loro semplicità mi hanno fatto comprendere come non ci si debba mai arrendere dinanzi a nessun ostacolo, insegnandomi che per quanto possa apparire insormontabile, in realtà, non debba essere considerato come tale, ma un punto di partenza, un nuovo inizio.